<36604338930016

Rechtslexikon.

[illegible]

[illegible]

Rechtslexikon.

Zwölfter Band.

Väterliche Gewalt — Verzug.

Rechtslexikon

für

Juristen aller teutschen Staaten

enthaltend

die gesammte

Rechtswissenschaft.

Bearbeitet

von

K. k. Reg.-Rath, Prof. Dr. **Arndts** in Wien; Appellationsgerichtspräsident Dr. **Beck** in Leipzig; Adv. **Bopp** in Darmstadt; Reg.-Rath **Buddeus** in Leipzig; Adv. **Gans** in Celle; Geh. Justizrath, Prof. Dr. **Gaupp** in Breslau; Geheim. Rath, Ordinarius ꝛc. Dr. **Günther** in Leipzig; Oberappellationsrath, Prof. Dr. **Heimbach** in Jena; Prof. Dr. **Heimbach** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobson** in Königsberg; Justizministerialrath Dr. **v. Jagemann** in Karlsruhe; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Oberappellationsrath, Prof. Dr. **Luden** in Jena; Reichs- und Staatsrath **v. Maurer** in München; Prof. Dr. **v. Michaelis** in Tübingen; Geheim. Rath, Prof. Dr. **Mittermaier** in Heidelberg; Staatsrath Dr. **Otto** in Dorpat; Oberappellationsrath Dr. **Pfeiffer** in Cassel; Geheim. Obertribunalrath, Prof. Dr. **Puchta** in Berlin; Prof. Dr. **Reyscher** in Stuttgart; Oberconsistorialrath, Prof. Dr. **Richter** in Berlin; Oberstaatsanwalt Dr. **Schwarze** in Dresden; k. k. Appellationsrath Dr. **Tausch** in Klagenfurt; Geheim. Hofrath, Prof. Dr. **v. Wächter** in Leipzig; Etatsrath, Prof. Dr. **Wilda** in Kiel; Prof. Dr. **Witte** in Halle; Oberjustizrath ꝛc. **v. Zirkler** in Tübingen, und Anderen;

redigirt

von

Dr. Julius Weiske,

Professor in Leipzig.

Zwölfter Band.

Väterliche Gewalt — Vertrag.

Leipzig, 1858.

Verlag von Otto Wigand.

Väterliche Gewalt (patria potestas)[1]. In dieser Lehre müssen unterschieden werden: I. das neueste römische Recht, II. das ältere teutsche Recht, III. das heutige Recht.

I. Neuestes römisches Recht. A. Umfang der väterlichen Gewalt. Die im älteren römischen Rechte so ausgedehnte väterliche Gewalt ist im neueren römischen Rechte bedeutenden Beschränkungen unterworfen worden. 1) Das Recht über Leben und Tod der Kinder (ius vitae et necis), was noch zur Zeit der klassischen Juristen als Recht des paterfamilias anerkannt wird[2]) und sich wohl nur als Ausfluß eines dem Familienoberhaupte zustehenden Straf- und Zuchtrechtes darstellt, so daß schon die Verhängung harter Strafen ohne vorhergegangene gehörige Untersuchung, und namentlich ohne die von der Sitte geforderte Zuziehung von Verwandten oder Freunden mißbilligt worden ist[3]) und selbst Ahndung durch den Censor nach sich zog[4]),

---

1) a) Quellen der Lehre sind im römischen Rechte: Tit. Inst. De patria potestate (I. 9.). De adoptionibus (I. 11.). Quibus modis ius patriae potestatis solvitur (I. 12.). Tit. Dig. De his, qui sui vel alieni iuris sunt (I. 6.). De adoptionibus, et emancipationibus, et aliis modis, quibus potestas solvitur (I. 7.). Tit. Cod. De patria potestate (VIII. 46. (47.)). De adoptionibus (VIII. 47. (48.)). De emancipationibus liberorum (VIII. 48. (49.)). De ingratis liberis (VIII. 49. (50.)). De infantibus expositis liberis et servis, et de his, qui sanguinolentos nutriendos acceperunt (VIII. 51. (52.)). Auch kommen einzelne Novellen in Betracht. Für das ältere teutsche Recht kommen die alten Volksrechte und die Rechtsbücher des Mittelalters als Quellen in Betracht; für das heutige Recht lassen sich geschriebene Qellen nicht angeben, indem die Hauptquelle das in den Schriften der Juristen, namentlich der Praktiker bezeugte Gewohnheitsrecht ist. b) Hinsichtlich der Literatur ist zu verweisen auf Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 235, N. 13. Unter den neueren Schriften siehe besonders Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes Bd. 2, S. 556—669.

2) L. 11. D. 28. 2. Vgl. auch L. 6. Th. C. IV. 8. von Constantin (ed. Haenel). In den früheren Ausgaben ist es L. 2.

3) Val. Max. V. 8. §. 2—5. 9. §. 1. Sen. de clement. I. 15. Ueber Beispiele vom Vater ungestraft verhängter Todesstrafen und anderer Strafen vgl. Val. Max. V. 8. §. 5. Sallust. Catil. c. 40. Dio Cass. XXXVII. 36.

4) Val. Max. II. 9. §. 2.

sowie späterhin ein Eingreifen von Seiten der Kaiser[5]), scheint sich seit Hadrian immer mehr verloren zu haben. Die Institutionen des Gajus gedenken dieses Rechtes nur bei Sclaven, und nach einem Rescripte von Alexander Severus war wohl castigatio gestattet, aber zu strengen Strafen mußte der Sohn von der Obrigkeit verurtheilt werden[6]), so daß es einer vorhergegangenen accusatio bedurfte[7]). Geradezu mit den Strafen des parricidium hat aber erst Constantin alle Eltern, welche ihre Kinder tödten, belegt, und dabei ist es in Justinian's Compilation geblieben[8]), sowie bei der weiteren Bestimmung von Valentinian I. und Valens, daß den Vätern nur das Recht der häuslichen Zucht zustehe, während da, wo die atrocitas facti ein Mehreres verlange, die Obrigkeit angegangen werden müsse[9]). Selbst bei der ärgsten Mißhandlung ist aber nie eine iniuriarum actio dem Kinde gegen den paterfamilias gestattet worden[10]). 2) Das im älteren römischen Rechte dem Vater zustehende Recht, die Kinder zu verkaufen, wurde, soviel den Verkauf um Gewinnes halber betrifft, schon zur Zeit des Paulus nur durch die höchste Noth gerechtfertigt[11]); eine Verpfändung war ganz unzulässig[12]). Caracalla hat sich geradezu gegen den Verkauf erklärt[13]), und zur Zeit Diocletian's war die völlige Unzulässigkeit eine ausgemachte Sache[14]). — Wenn es vor und zu Constantin's Zeit häufig vorkam[15]), daß Eltern ihre Kinder theils aussetzten, theils verpfändeten, so ist bei einem solchen factischen Zustande nicht an ein Rechtsinstitut oder an Beobachtung irgend einer Form zu denken; es war dieses ein Uebel, welchem Constantin nur indirect entgegen zu wirken suchte, nämlich dadurch, daß er den armen Eltern zur Erziehung ihrer Kinder Alimente aus der Staatskasse versprach[16]), daß er selbst mehrmals[17]) und „secundum statuta priorum Principum"[18]) neugeborene Kinder (liberos sanguinolentos) zu kaufen und zu seinem

---

5) Vgl. L. 5. D. 37. 12. L. 5. D. 48. 9.

6) L. 3. C. de patr. potest. (VIII. 46. (47.)).

7) L. 2. D. 48. 8.

8) L. 1. Th. C. IX. 15. L. 1. C. IX. 17.

9) L. 1. Th. C. IX. 13. L. 1. C. IX. 15.

10) L. 7. §. 3. D. 47. 10.

11) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 1. §. 1.

12) Paul. l. c. L. 5. D. 20. 3. L. 6. C. quae res pignori (VIII. 16. (17.)).

13) L. 1. C. VII. 16.

14) L. 1. C. IV. 43.

15) Vgl. darüber Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechtes Bd. 1, §. 142.

16) L. 1. 2. Th. C. XI. 27.

17) Die Vat. Fragm. §. 34. enthalten eine solche Constitution vom J. 313, worin es heißt: hoc a nobis iam olim praescriptum est. L. un. Th. C. V. 8. von 329, welche an die Bewohner Italiens gerichtet ist. L. 2. C. IV. 43., welche an die Provinzialen gerichtet ist.

18) L. un. Th. C. V. 8.

Dienste zu verwenden, und wenn darüber eine Urkunde aufgenommen worden ist, auch weiter zu veräußern geradezu verstattet, jedoch mit Vorbehalt des Auslösungsrechtes; endlich durch die Verordnung, daß, wer sich eines von seinem Vater oder Herrn absichtlich ausgesetzten Kindes annehme, dasselbe trotz aller Ansprüche des Aussetzenden als bezüglich Sohn oder Sclave behalten könne [19]). Nach einer Verordnung von Theodosius I. und Arcadius soll jedes von den Eltern aus Noth verkaufte Kind ohne Remuneration seine Freiheit geltend machen dürfen [20]), obwohl Valentinian III. durch die zu seiner Zeit herrschende Hungersnoth sich veranlaßt sah, den Genuß der Ingenuität von der Rückerstattung eines Fünftheiles des Preises abhängig zu machen [21]). Justinian hat aber nur, was Constantin verordnet hatte, in seine Sammlung aufgenommen [22]). Die Aeußerungen der väterlichen Gewalt zeigen sich, was die Person der Kinder anlangt, im neueren römischen Rechte in der sich im überwiegenden Erziehungsrechte des Vaters äußernden disciplinarischen Macht, in der Befugniß desselben, seinen unmündigen Kindern einen Vormund im Testamente zu bestellen [23]), in dem Rechte, seinem unmündigen Kinde pupillarisch zu substituiren [24]) und in dem Rechte zur Einwilligung der Ehe der Kinder. — Am wichtigsten aber ist die väterliche Gewalt durch ihren Einfluß auf den vermögensrechtlichen Erwerb und die Erwerbsfähigkeit der darin stehenden Kinder. Diesem Einflusse der väterlichen Gewalt liegt ursprünglich die Vorstellung von einer bezüglich des Erwerbes und des Erworbenen stattfindenden Vereinigung der beiderseitigen Persönlichkeiten (sog. unitas personae) zum Grunde [25]). Hierbei

19) L. 1. Th. C. V. 7.

20) L. un. Th. C. III. 3.

21) Novell. Valentin. III. Tit. XXXII. (ed. Haenel).

22) L. 2. C. IV. 43.

23) Vgl. darüber den Artikel Vormundschaft.

24) Vgl. den Artikel Substitution Bd. X, S. 663—672.

25) Die sog. Personeneinheit (unitas personae) ist in v. d. Pfordten, Abhandl. Nr. II, S. 113 flg. einer sehr gründlichen Erörterung unterworfen worden. Vgl. aber auch schon Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Bd. 1, §. 184. Vorzüglich und zunächst ist dieser Begriff veranlaßt worden durch L. 11. C. VI. 26. in den Worten: cum et natura pater et filius eadem esse persona paene intelligitur; wozu noch eine Anzahl äußerer und innerer Gründe dafür geltend gemacht werden. Man hat allerdings von diesem Begriffe oft durchaus unrichtige Anwendungen gemacht und es ist unrichtig, darin eine Princip finden zu wollen, aus welchem sich Consequenzen ableiten lassen (dann siehe z. B. L. 10. §. 2. D. 46. 1. §. 8. Inst. II. 10.) und insofern hat Pfordten die inneren Gründe vollkommen widerlegt; auch ist der Nachweis der persönlichen Selbstständigkeit der Kinder in vielen Aeußerungen unwiderleglich. Auch ist richtig, daß die Stellen, welche man anführt, sämmtlich von Justinian sind. Dennoch scheint sich hier das Bedürfniß einer principmäßigen Auffassung des Verhältnisses zwischen Vater und Kindern in Bezug auf Erwerb und Erworbenes zu äußern, und soweit auch das Aufgehen der Person des Kindes in die des Vaters von juristischer Bedeutung zu sein. Siehe auch Savigny, System des heut. röm.

macht die Persönlichkeit des Vaters, so lange er lebt, sich ausschließlich geltend, während dieselbe nach seinem Tode in den vermögensrechtlichen Beziehungen von den Kindern unmittelbar fortgesetzt und vertreten wird. Damit hängt nämlich zusammen, erstens, daß nach dieser ursprünglichen Anschauung die Kinder nichts für sich, sondern Alles für den Vater erwerben[26]), während sie doch thatsächlich, als wenn sie schon Herren des Vermögens wären, angesehen werden[27]); zweitens, daß nach des Vaters Tode der Nachlaß nicht erst besonders von ihnen erworben zu werden braucht, sondern ohne weiteres als von selbst ihnen gehörig betrachtet wird; der erste Gesichtspunkt bringt als Folge ferner mit sich, daß Rechtsgeschäfte und Forderungen zwischen Vater und Kindern von ihm aus unmöglich erscheinen. Durch mannigfache nähere Bestimmungen ist aber dieser Gesichtspunkt so verrückt worden, daß die in ihnen enthaltenen Umgestaltungen und Abweichungen von der Consequenz jetzt die Hauptmasse der ganzen Lehre von der väterlichen Gewalt bilden und die der ursprünglichen Auffassung angehörigen Normen fast als zusammenhangslos unter jenen hervortreten. Es ist mit anderen Worten der Einfluß der väterlichen Gewalt in der angedeuteten Richtung theils in Berücksichtigung der Art des Erwerbes von Seiten der Kinder und seiner Gegenstände, theils in der mannigfaltiger anderer Umstände dergestalt geschwunden, daß man eine Anzahl hiernach verschiedener Verhältnisse unterscheiden muß, in welche im neueren römischen Rechte die in väterlicher Gewalt stehenden Kinder den Vätern oder dritten Personen gegenüber in Ansehung von Vermögensangelegenheiten treten können und wobei sich eine Steigerung von der unveränderten Fortdauer dieses Einflusses bis zur völligen Einflußlosigkeit zeigt. Sie zer-

---

Rechtes Bd. 1, S. 353 flg. Dafür lassen sich auch noch von klassischen Stellen anführen L. 42. D. 39. 2. L. 130. D. 45. 1. Pfordten a. a. O. S. 128 erkennt dann auch selbst an, dem Alterthum habe dabei die Idee vorgeschwebt, daß nur die Familie in ihrer Gesammtheit Eigenthum habe, welches sich im paterfamilias concentrire, und daß die Erwerbsfähigkeit der übrigen Familienglieder nur für ihn vorhanden sei. Auf die Vermögenslosigkeit der Kinder führt Pfordten der Grund der Unmöglichkeit einer obligatio civilis zwischen dem Vater und den Kindern in dessen Gewalt zurück. Sintenis, prakt. gem. Civilrecht §. 141, N. 3. Bd. 1, S. 146, findet den Grund davon in der erwähnten Idee, daß blos die Familie in ihrer Gesammtheit Eigenthum habe, welches sich im paterfamilias concentrire u. s. w. Denn die Vermögenslosigkeit bedürfe doch erst selbst wieder der Erklärung, und diese finde sie nur in der Einheit jener Personen in Betreff des Erwerbes, für welchen der paterfamilias das Haupt ist; die Vermögenslosigkeit sei Folge, keine Ursache. Wir pflichten hier Sintenis bei. Denn mit der Zunahme der Fähigkeit der Kinder, Vermögen für sich zu erwerben, müßte denn auch die Unmöglichkeit einer obligatio civilis geschwunden sein, wie auch Pfordten wirklich annimmt. Consequenterweise würde demgemäß allerdings auch in Bezug auf die bona adventitia eine obligatio civilis möglich gewesen sein, was sich doch aber in der That anders verhält, wie später zu zeigen ist.

26) Vgl. den Artikel Peculien Bd. VII, S. 657 flg.

27) §. 2. Inst. II. 12. L. 11. D. 28. 2.

fallen in zwei Klassen. 1) Die erste Klasse umfaßt eine Anzahl von einzelnen Fällen, in welchen die in väterlicher Gewalt stehenden Kinder sowohl dritten Personen als dem Vater gegenüber als rechtsfähig und klagfähig erscheinen, woneben jedoch der ursprüngliche Hauptgesichtspunkt noch völlig festgehalten ist. Es gehören hierher: a) die Verpflichtung der Eltern zur Alimentirung der Kinder, welche diese also auch gegen den Inhaber der väterlichen Gewalt klagend geltend machen können, weshalb auf einen anderen Artikel dieses Werkes zu verweisen ist [28]); b) die Verpflichtung des Vaters zur Dotirung seiner Tochter bei ihrer Verheurathung, worüber ebenfalls an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden ist [29]); c) die Obligation wegen erlittener Injurien, welche für die Kinder selbst begründet wird, so daß sie deshalb, im Falle der Abwesenheit oder sonstigen Verhinderung des nicht durch einen Procurator vertretenen Vaters, und sogar gegen dessen Willen, wenn er eine verworfene oder des Ehrgefühles ermangelnde Person ist, im eigenen Namen Klage anstellen können [30]); was jedoch durch die ästimatorische Injurienklage dabei erworben wird, gehört dem Vater [31]); d) die Obligation aus dem Depositum und dem Commodatum, insofern bei der Klage daraus nicht der Vater, sondern nur das Kind interessirt ist, was der Fall ist, wenn es eine fremde, nicht dem Vater gehörige Sache bei Jemandem niedergelegt oder ihm geliehen hat; der erstrittene Geldwerth wird jedoch, soweit darüber nicht etwa zur Befriedigung des Dritten verfügt wird, dem Vater erworben [32]); e) der Vater kann dem Kinde Auftrag ertheilen und es entspringt hieraus eine wirksame Obligation [33]); das Kind kann überhaupt für den Vater in vermuthetem Auftrage dann klagend auftreten, wenn er abwesend ist, und deshalb die Klage ganz unterbleiben oder lange hinausgeschoben

---

28) Vgl. den Artikel Alimentationspficht Bd. I, S. 180 flg.

29) Vgl. den Artikel Brautgabe Bd. II, S. 402.

30) L. 17. §. 10—14. 17. 20. D. 47. 10. L. 9. D. 44. 7. L. 8. pr. D. 3. 3. L. 30. pr. D. II. 14., welche Stellen auch noch mehrere beschränkende Einzelbestimmungen über die concurrirenden Klagrechte der Kinder und des Vaters enthalten. Vgl. noch L. 17. §. 14. 21. 22. D. 47. 10. über selbstständige Erhebung und Fortstellung der Klage von Seiten des Kindes nach inzwischen erfolgtem Austritte aus der väterlichen Gewalt. Bei einer so schweren Injurie, daß sie ein Klagrecht aus der lex Cornelia begründet, steht dem Kinde allein ein Klagrecht zu. L. 5. §. 6. D. 47. 10.

31) Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 2, S. 123.

32) Wegen des Depositums vgl. L. 9. D. 44. 7. L. 19. D. 16. 3. Dagegen ist L. 18. §. 1. D. 5. 1., soweit darin des Depositum gedacht wird, nicht von dem im Texte erwähnten Falle zu verstehen, sondern von dem Falle, wenn der Sohn etwas aus dem Peculium, also eine dem Vater gehörige Sache deponirt und so dem Vater die actio depositi erworben hat. S. Savigny a. a. O. Bd. 2, S. 138 flg. und S. 100, N. q. Wegen des Commodatum vgl. L. 9. D. 44. 7. S. darüber Savigny a. a. O. Bd. 2, S. 142 flg.

33) L. 8. pr. D. 3. 3.

werden müßte[34]; f) die Fälle, in welchen der Vater zur Emancipation gezwungen werden kann, wovon weiter unten die Rede sein wird; g) wenn ein zum Erben eingesetzter Vater, welchem die Herausgabe der Erbschaft an sein Kind fideicommissarisch auferlegt worden ist, den Erbschaftsantritt nicht bewirkt, so kann er vom Kinde auf beides rechtlich belangt werden[35]. 2) Die zweite Klasse umfaßt die Lehre von den Peculien, weshalb jedoch auf den früheren betreffenden Artikel zu verweisen ist[36].

B. Rechtsgeschäfte und andere Obligationen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen. Die Vorstellung von der Personeneinheit zwischen Vater und Kindern, welche deren vermögensrechtliche Beziehungen untereinander im Princip nach dem früher Bemerkten beherrscht, führt dazu, daß Rechtsgeschäfte und Rechtsverletzungen unter ihnen unmöglich sind, d. h. sowohl zwischen dem Vater und den in seiner Gewalt stehenden Kindern[37], als zwischen diesen untereinander[38]. Der Einfluß derselben Bestimmungen, welche für jene Beziehungen wesentliche Umgestaltungen bewirkt haben, hat sich jedoch auch gegen diese Unmöglichkeit in gewisser Weise geltend gemacht, so daß sich die Lehre von den Rechtsgeschäften und sonstigen rechtlich wirksamen Thatsachen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen mit Rücksicht auf die verschiedenartigen Beziehungen der Kinder zu gewissen Vermögensstücken oder Massen in folgender Weise gestaltet: 1) rücksichtlich des castren-

34) L. 18. §. 1. D. 5. 1. L. 17. D. 12. 1. Vgl. Savigny a. a. O. S. 97 flg.

35) L. 16. §. 11. 12. D. 36. 1. Der Grund dieses anomalischen Klagrechtes zwischen Vater und Kind liegt darin, daß die durch die Klage erzwungene Handlung eine bloße Formalität ist, also etwas blos Factisches, ohne alle rechtliche Wirkung für den Beklagten. Die Proceßform war kein Hinderniß, weil der Zwang extra ordinem durch die mit der Jurisdiction über Fideicommisse beauftragte Obrigkeit durchgeführt wurde. S. Savigny a. a. O. S. 144 flg. Eine fernere Ausnahme fand nach älterem Rechte bei der querela inofficiosi testamenti statt. War ein filiusfamilias in einem Testamente seiner Mutter oder seines mütterlichen Großvaters wenig oder gar nicht bedacht worden, so galt dieses als eine höchstpersönliche Angelegenheit des Sohnes, obgleich durch die Klage der Vater wirklicher Erbe werden konnte. Daher kann der Vater die Querel nicht gegen den Willen des Sohnes anstellen, auch nicht nach dessen Tode fortführen. L. 8. pr. D. 5. 2. Umgekehrt aber kann der Sohn klagen, selbst wenn der Vater das Testament, worin er bedacht war, anerkannt hat, also auch gegen des Vaters Willen. L. 22. pr. §. 1. D. 5. 2. Savigny a. a. O. S. 128 flg. Diese Ausnahme ist im neueren Rechte, seit die Kinder die Erbschaften für sich erwerben, in Wegfall gekommen. Sintenis a. a. O. Bd. 3, S. 149, N. 13.

36) Vgl. den Artikel Peculien Bd. VII, S. 857 flg. Wegen des dem Vater an den Adventitien zustehenden gesetzlichen Nießbrauches siehe auch den Artikel Ususfructus.

37) L. 4. 11. D. 5. 1. L. 2. pr. D. 18. 1. L. 7. D. 44. 7. L. 16. D. 46. 2. L. 7. §. 3. D. 47. 10. §. 12. Inst. IV. 1.

38) L. 38. D. 12. 6.

sischen und quasicastrensischen Peculiums, nach Manchen[39]) auch rücksichtlich des Vermögens, dessen Proprietät den Kindern im Falle der Wiederverehelichung des Vaters an allem demjenigen zufällt, was der Vater mit Rücksicht auf die mit deren Mutter bestandene Ehe erworben hat, gesetzlich anheimfällt, kann das Kind in Bezug auf dasselbe oder einzelne dahin gehörige Gegenstände, wegen seiner völlig unabhängigen Stellung dazu sowohl mit seinem Vater, als mit seinen Geschwistern, wie auch mit jedem Dritten Geschäfte aller Art abschließen, also in alle sonstige Rechtsverhältnisse eintreten und Gläubiger aus verbotenen Handlungen werden. Namentlich sind also auch Klagen zwischen ihnen und Uebertragungen von Rechten und Forderungen möglich[40]). Es ist diese Möglichkeit aber nicht so zu verstehen, als ob die ohne eine solche Beziehung, wie die erwähnte, also allgemein geschehenen Versprechungen des Sohnes, blos weil er ein solches Peculium besitzt, wirksam wären, so daß deren Erfüllung stets daraus gefordert werden könnte[41]). Nur insofern besteht eine wahre Ausnahme, als der Sohn, wegen der Möglichkeit der Leistung des Schadenersatzes, dem Vater aus Delicten wirksam verpflichtet wird[42]). Ebenso wird der Vater dem Sohne nur vollkommen verpflichtet, wenn die Schuld durch eine Leistung aus dem fraglichen Peculium begründet oder bedingt wird[43]). 2) Wegen der übrigen Peculien ist auf den betreffenden Artikel zu verweisen[44]). — Völlig unabhängig von dem Peculium irgend einer Art kann das Kind dann Naturalgläubiger des Vaters werden[45]), wenn sich das Kind auf Befehl des Vaters für ihn einem Dritten verpflichtet oder ohne ein solches Geheiß für den Vater eine Schuld mit aufgenommenem Gelde bezahlt oder dasselbe zu des Vaters Besten verwendet hat[46]). Die Unabhängigkeit einer derartigen naturalis obligatio von der Existenz eines Peculium erklärt sich aus der Natur der dabei überall vorwaltenden Stellvertretung einer dieser Personen durch die andere, vermöge welcher die eine nur als Mittelsperson zwischen der anderen und einer dritten steht; die anerkannte Naturalobligation stellt also die gegenseitigen Verhältnisse nur wieder in das natürliche Gleichgewicht, indem ohne dies die aequitas offenbar verletzt worden wäre[47]). — Außer der Entstehung

---

39) Z. B. Sintenis a. a. O. Bd. 3, S. 166.

40) L. 15. §. 1. 2. D. 49. 17. L. 4. D. 5. 1. L. 2. pr. D. 18. 1. Was hier von dem castrensischen Peculium gesagt ist, muß auch von dem später entstandenen quasicastrensischen gelten.

41) L. 15. §. 1. 2. D. 49. 17. Vgl. Pfordten, Abhandl. S. 142 flg.

42) L. 52. §. 4. 5. D. 46. 2.

43) L. 2. D. 18. 1. L. 42. §. 3. D. 29. 2. L. 10. §. 2. fin. D. 46. 1. Siehe Pfordten a. a. O. S. 143 flg.

44) Vgl. den Artikel Peculien Bd. VII, S. 863 flg., 875 flg. Siehe auch den Artikel Usus fructus.

45) Siehe über diese Fälle vorzüglich Pfordten a. a. O. S. 204 flg.

46) L. 20. §. 1. L. 25. §. 19. D. 10. 2.

47) Bei der negotiorum gestio scheint sich dies anders zu verhalten nach

der Obligationen zwischen Vater und Kind ist auch der möglicherweise erst eintretende Einfluß des Gewaltverhältnisses auf bisher als Civilobligationen bestehende Obligationen zu betrachten[48]). Die Behandlung dieser Frage hat ihre Schwierigkeiten; in den Quellen des römischen Rechtes wird ihrer fast gar nicht gedacht; man muß also allgemeine Grundsätze dabei zur Hand nehmen; deren Anwendung gerade aber giebt zu so viel Zweifeln Veranlassung, daß eine Jeden befriedigende Antwort nicht gegeben werden kann und Widerspruch als möglich zugegeben werden muß; die Frage ist überhaupt die, welche Wirkung eintrete, wenn eine unter unabhängigen Personen entstandene Obligation später auf solche Personen übertragen wird, welche durch väterliche Gewalt verbunden sind. Die einzelnen Fälle einer solchen Uebertragung sind folgende: 1) wenn eine Forderung an Jemanden cedirt wird, welcher mit dem Schuldner durch väterliche Gewalt verbunden ist. Gewöhnlich wird auf Grund einer Stelle von Pomponius[49]) behauptet, eine solche Cession sei schlechthin unmöglich und nichtig. Dabei wird aber die ganz verschiedene Grundlage, welche die Cession im klassischen und im Justinianeischen Rechte hat, verkannt. Zur Zeit des Pomponius gab es noch keine wahre Cession der Forderung, sondern nur die durch ein mandatum ad agendum künstlich vermittelte cessio oder praestatio actionum, und diese war allerdings an den Vater gegen den Sohn und umgekehrt durchaus unmöglich, weil zwischen ihnen keine Klage stattfinden konnte. Im neuesten Rechte hingegen findet eine wahre Cession der Forderung selbst, ihrem ganzen Umfange nach, statt, und wie hierdurch die entschiedene Möglichkeit zur Cession einer naturalis obligatio gegeben ist[50]), so muß es nun auch zulässig sein, eine klagbare Forderung unter Verhältnissen zu cediren, welche sie nur als naturalis obligatio fortdauern lassen. Die Entscheidung des Pomponius war nur eine Folge der alten Form der Cession und ist mit dieser verschwunden. Wer durch Cession eine Forderung erwirbt, übt einen Act des freien Willens aus; kann zwischen ihm und dem Schuldner daraus eine Civilobligation nicht bestehen, so hat er den Mangel der Klage sich selbst zuzuschreiben, wenn er dennoch eine solche Forderung sich cediren läßt. Die Anwendung dieser Folge zeigt sich so: a) das castrense peculium gehört nicht hierher, weil hier der Sohn in vollkommener Selbstständigkeit dem Vater gegenübersteht; die darauf be-

---

L. 49. §. 1. D. 15. 1. L. 11. §. 1. D. eod. und wieder die Regel einzutreten, daß ohne den objectiven Anhalt eines Peculium eine naturalis obligatio nicht möglich sei. Sintenis a. a. O. S. 176, N. 20. A. M. ist Pfordten a. a. O. und S. 208.

48) Vgl. besonders Sintenis a. a. O. §. 142, N. 21, Bd. 3, S. 176—178 und Pfordten a. a. O. S. 210—215.

49) L. 7. D. 44. 7.: Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate est filius.

50) Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungen §. 22.

züglichen Cessionen bestehen also mit voller Wirkung. b) Recht eigentlich findet die Vorschrift Anwendung auf das profectitium peculium, nämlich wenn der Sohn mit dazu gehörigem Gelde von einem Gläubiger des Vaters die Forderung an den Vater erwirbt; ebenso wenn der Vater vom Gläubiger des Sohnes sich eine Forderung cediren läßt. Hat aber der Sohn kein Peculium zur Verwaltung erhalten, so könnte er eine Forderung an den Vater durch Cession (wenn nicht zum castrense peculium) nur als adventitium erwerben, d. h. sie würde diesen Charakter annehmen; läßt der Vater aber sich bei dieser Voraussetzung die Forderung eines Dritten an seinen Sohn cediren, welche auch weder als castrensische, noch als adventizische Peculiarschuld zu betrachten ist, so fragt sich nur, ob dies überhaupt rechtlich möglich und wirksam ist, da eine naturalis obligatio ohne den objectiven Anhalt eines existirenden Peculiums zwischen Vater und Sohn nicht bestehen kann [51]). Es liegt kein genügender Grund zu einer Ausnahme von dieser Regel vor. Die Sache wird in solchen, übrigens sehr selten vorkommenden, Fällen darauf hinauskommen, daß der Vater dabei zwar die Schuld des Sohnes giltig und unwiderruflich tilgt, auch die Cession, da ihm keine Nichtschuld cedirt worden ist, nicht rückgängig werden kann, eine naturalis obligatio zwischen beiden aber gar nicht zur Existenz kommt. Auch liegt darin von Seiten des Vaters kein Geschenk an den Sohn im rechtlichen Sinne, allerdings aber eine Wohlthat, und der Vater kann den Betrag auf des Sohnes Erbtheil einst anweisen; der Pflichttheil würde aber dadurch nicht beeinträchtigt werden können. c) In Ansehung des sog. peculium adventitium wird von dem vorher aufgestellten Gesichtspunkte aus, daß der Erwerb durch Cession ein Act des freien Willens sei, und der Cessionar, zwischen welchem und dem Schuldner eine Civilobligation daraus nicht entstehen kann, sich den Mangel einer Klage selbst zuschreiben müsse, wenn er dennoch eine solche Forderung sich cediren läßt, das Princip aufrecht zu erhalten sein, daß die bisherige Civilobligation zwischen dem Vater oder dem Sohne und einem Dritten durch Cession des Letzteren an einen von jenen die Klagbarkeit verlieren müsse; denn dies geschieht stets mit dem Willen dessen, welcher dabei in Nachtheil kommt, weil er sich auf die Cession nicht einzulassen brauchte. 2) Der Cession ist das Legat einer Forderung und dessen Annahme ganz gleich zu stellen [52]). 3) Die Arrogation zwischen Gläubiger und Schuldner hat im ganzen ebenfalls dieselben Folgen, was sich

---

51) Es ist dies freilich bestritten. Vgl. darüber Sintenis a. a. O. §. 142, N. 19, Bd. 3, S. 173 flg. gegen Pfordten a. a. O. S. 184. Es beruht hier Alles auf der Erklärung der berüchtigten Lex damnata, L. 38. D. 12. 6., worüber zu vergleichen ist Pfordten a. a. O. S. 172—187. Sintenis a. a. O. Wir halten eine Erörterung der Controverse für überflüssig, weil wir überhaupt der Ansicht sind, daß das teutsche Recht dem römischen hier derogire, und das profectitium peculium zu den juristischen Seltenheiten gehört.

52) Pfordten a. a. O. S. 215.

wieder daraus erklärt, daß sie als Geschäft mit Willen des an der Verwandelung der Civilobligation in eine naturalis obligatio Betheiligten geschieht. Eine besondere Frage ist hier die, ob, wenn der Arrogirte dem pater arrogans in einer Weise schuldig war, daß die Schuld nicht als an einem der nun die Natur von Peculien annehmenden Vermögenstheile gehörig betrachtet werden konnte, also ex delicto, die Forderung erlösche oder was sonst damit werde? Mehrere Stellen sagen hier, intercidit actio, agi non potest[53]). Manche verstehen dies nur von der civilis obligatio, nehmen aber die Fortdauer der naturalis an[54]), was sie auch bei Vertragsforderungen annehmen. Andere dagegen glauben, daß, wie öfters und sogar in der Regel mit diesen Ausdrücken doch der Untergang der ganzen Obligation gemeint ist, er es auch hier sei, umsomehr als man sonst gegen die Regel verstieße, daß zwischen Vater und Sohn eine naturalis obligatio nur im Peculium ihren Anhaltepunkt finde[55]). 4) Der letzte Fall ist, wenn der Gläubiger oder Schuldner aus einer Civilobligation von Jemandem beerbt wird, welcher mit dem bezüglichen Gläubiger oder Schuldner durch die väterliche Gewalt verbunden ist, also wenn der Vater einen Gläubiger oder Schuldner des Kindes oder das Kind einen Gläubiger oder Schuldner des Vaters beerbt. In den Quellen wird nur der Fall erwähnt, wenn der Gläubiger des Sohnes den Vater zum Erben einsetzt[56]). Nach den betreffenden Stellen

---

53) §. 6. 7. Inst. IV. 8. (vgl. mit Gai. Inst. Comm. IV. §. 18.). L. 37. D. 9. 4. L. 18. 64. D. 46. 2.

54) Pfordten a. a. O. S. 211.

55) Sintenis a. a. O. S. 177.

56) L. 50. §. 1. D. 15. 1. L. 83. D. 35. 2. In der Hauptsache stimmen beide Stellen vollkommen überein; sie widersprechen sich aber geradezu in der Bestimmung der Zeit, nach welcher der Betrag des Peculiums festgestellt werden soll, indem Papinian in der ersten Stelle auf die Zeit des Todes, Julian in der zweiten auf die der Erbschaftsantretung sehen will. Zur Lösung dieses Widerspruches enthält die Glosse zu L. 50. cit. drei verschiedene Versuche; entweder müsse man annehmen, der Erbe habe gleich bei dem Tode angetreten oder das Peculium sei zu beiden Zeitpunkten gleich groß gewesen, um die L. 83. cit. zu erklären oder endlich, es werde auf denjenigen der beiden Zeitpunkte gesehen, welcher den Legataren am günstigsten sei, zufolge der L. 56. D. 35. 2. Die dritte Erklärung ist richtig und von Cuiacius. in Quaest. Papin. ad L. 50. §. 1. cit. (Opp. T. IV. p. 181—183.), in Dig. Iuliani ad L. 83. cit. (Opp. T. VI. p. 66.) genauer begründet. Sie liegt in der L. 56. D. 35. 2. von Marcellus. Die römischen Juristen waren, wie sich aus dieser Stelle ergiebt, über die Frage nicht einig. Die Meisten wollten schlechthin auf die Zeit des Erbschaftsantrittes sehen; mit Recht aber verwarfen Marcellus und Papinian (letzterer in L. 50. cit.) diese Ansicht, weil die Falcidische Rechnung im ganzen nach dem Stande der Erbschaft zur Zeit des Todes gemacht wird (§. 2. Inst. II. 22. L. 30. pr. §. 1—4. L. 73. pr. D. 35. 2.). Nur in Einer Beziehung läßt Marcellus die Rücksicht auf die Zeit des Erbschaftsantrittes zu und vereinigt dadurch die Aeußerungen von Papinian und Julian, nämlich insofern, daß, wenn das Peculium nach dem Tode sich vermehrt hat, dieser Zuwachs den Legataren zu Statten kommt und in die Falcidische Quart eingerechnet wird, während die Verminderung des Peculiums dem Erben schadet. Um diesen Satz zu be-

dauert die Obligation zwar fort; da sie jedoch darin mit einem eigentlichen Peculium in Verbindung gedacht ist, so kann sie nothwendig nur naturalis obligatio sein. Im ganzen ist wohl so zu unterscheiden und es sind die unterschiedenen Fälle folgendermaßen zu beurtheilen [57]. a) Bezieht sich die Obligation, in welche Vater oder Kind durch Erbgang eingetreten sind, auf das castrense peculium oder wird sie bezüglich diesem erworben, so ändert sich, in Gemäßheit der von diesen geltenden Grundsätze, an den bestehenden Verhältnissen gar nichts. b) Beerbt das Kind den Gläubiger des Vaters, so wird es darauf ankommen, ob er die Forderung als adventitium, also für sich, erwirbt, mag er schon ein solches haben oder nicht (siehe davon unter c.); beerbt es den Schuldner des Vaters, so wird vorauszusetzen sein, daß es auch Activa erwirbt, also ebenfalls als bonum adventitium. Erwirbt aber das Kind in beiden Fällen nicht für sich, sondern für den Vater, so ist es wie wenn dieser seinen Gläubiger oder Schuldner beerbte. Beerbt der Vater den Gläubiger des Sohnes bezüglich eines einfachen Peculiums, so kann von nun an nur naturalis obligatio zwischen ihnen bestehen; beerbt er endlich dessen Schuldner, so ist es wieder, wie wenn er seines eigenen Schuldners Erbe würde. c) Schwieriger ist die Entscheidung der Fälle, wenn die Obligation, in welche succedirt wird, mit dem adventitium des Kindes zusammenhängt oder diesem angehört. Wenn wir dieses zuerst als ordinarium denken, so wird bei einer Beerbung des Gläubigers des Vaters durch den Sohn zwar die Forderung den Charakter des bonum adventitium annehmen und also mit diesem dem Vater rücksichtlich der Nutzung zu Gute kommen; gewiß aber darf und muß die civilis obligatio des Vaters auf Restitution desselben, mit Einschluß seiner eigenen dazu gehörigen Schulden verstanden werden. Beerbt der Vater den Schuldner des Sohnes, so würde es sicher dem Sinne und der Absicht der gesetzlichen Bestimmungen, wodurch diese Art des Vermögens der Kinder eingeführt wurde, zuwiderlaufen, wollte man, nachdem diese Art Vermögen möglich geworden, das strenge Princip vom profectitium peculium zur Anwendung bringen. Seitdem Civilobligationen zwischen Vater und Kind überhaupt möglich waren, darf auch nicht bezweifelt werden, daß nach **Justinian's** Absicht solche vererbte Obligationen ihre Wirksamkeit behalten sollten. Natürlich ruht, wegen des väterlichen Rechtes am sog. peculium adventitium ordinarium, ihre Wirksamkeit während der Dauer der väterlichen Gewalt. Dagegen läßt sich daher, daß der Vater somit gewissermaßen im Besitz und Genuß, wie

---

gründen, stellt der Jurist die Peculiarschuld derjenigen gleich, bei welcher der Schuldner zur Zeit des Todes nicht zahlungsfähig ist, es aber später wird, wo bekanntlich die Vermehrung seiner Zahlungsfähigkeit den Legataren nützt, während die später eintretende Zahlungsunfähigkeit eines zur Todeszeit zahlungsfähigen Schuldners dem Erben schadet. L. 22. §. 3. L. 63. §. 1. L. 82. D. 35. 2. Vgl. **Pfordten** a. a. O. S. 212—214.

57) Vgl. **Sintenis** a. a. O. S. 177 flg.

anderer Adventitien, bleibt, insofern ein Grund für diese Ansicht mehr entlehnen, als man sagen kann, daß die Herstellung der Civilobligation oder Zahlung zu den Verpflichtungen des Vaters in Ansehung der Restitution der Adventitien gehöre. Beerbt der Sohn den Schuldner des Vaters, so sprechen dafür, daß Letzterer hierdurch nicht durch Verwandelung der Obligation in Verlust komme, dieselben Gründe wie für den Sohn im vorigen Falle. Beerbt endlich der Vater den Gläubiger des Sohnes, so muß, wenn man die drei ersten Fälle als richtig beurtheilt ansieht, auch in diesem vierten Falle derselbe Erfolg eintreten. Unbedenklich muß auch der weitere Schluß als richtig anerkannt werden, daß das, was von der zum peculium adventitium ordinarium gehörigen Obligation gelte, umsomehr von denen des extraordinarium gelten müsse, da die Kinder in Ansehung ihres Verhältnisses zum Vater rücksichtlich dieses Vermögens eine ungleich günstigere und unabhängigere Stellung haben und dasselbe dem castrensischen Peculium möglichst nahe gebracht ist [58]).

C. **Entstehung der väterlichen Gewalt.** Die väterliche Gewalt entsteht 1) durch Zeugung in rechtmäßiger Ehe. Die Geburt und dadurch die Verwandtschaft mit der Mutter läßt sich leicht zur wirklichen Gewißheit erheben und, wenn es nöthig wird, auch beweisen; die Zeugung durch den Vater hingegen ist ein Ereigniß, dessen natürliche Gewißheit nur in höchst seltenen und außerordentlichen Fällen, nämlich bei einer vollständigen Absonderung beider Ehegatten von anderen Männern in dem Zeitraume der möglichen Empfängniß erweislich ist. Diese Unsicherheit wird aber durch eine juristische Gewißheit ersetzt, nämlich durch die Rechtsregel, daß alle während der Ehe von der Frau empfangenen Kinder als vom Manne erzeugt betrachtet werden sollen (pater est, quem nuptiae demonstrant) [59]). Für die Anwendung dieser Regel muß aber folgendes Weitere beachtet werden: a) die Empfängniß des Kindes muß in die Zeit der bestehenden Ehe fallen, wenn auch die Ehe vor seiner Geburt getrennt wird; sollte eine Ehe nur so kurze Zeit bestanden haben, daß ein nach Trennung derselben von der gewesenen Ehegattin geborenes Kind nicht während der Zeit, wo die Ehe bestand, empfangen worden sein kann, so fehlt es an der Voraussetzung zur Anwendung der Regel. — Dieses Erforderniß wird als erfüllt angesehen, wenn das Kind nicht vor Ablauf des sechsten Monates nach Eingehung der Ehe und nicht später als zehn Monate nach Trennung derselben geboren wird [60]).

---

58) Pfordten a. a. O. S. 215 nimmt von seinem Standpunkte aus, indem er, weil und sofern die Kinder durch das peculium adventitium den Vätern gegenüber nun nicht mehr vermögenslos erscheinen, die Möglichkeit einer civilis obligatio zwischen ihnen behauptet (vgl. Pfordten S. 145 flg.), hier überall die Fortdauer der Civilobligation an.

59) L. 5. D. 2. 4.

60) L. 12. D. 1. 5. L. 3. §. 12. D. 38. 16. (septimo mense, centesimo octogesimo secundo die natus). Wegen der Geburt innerhalb der zehn Monate

b) Daß die Mutter während der Zeit der möglichen Empfängniß eines Kindes außer mit ihrem Ehemanne auch noch mit anderen Männern fleischlichen Umgang gepflogen hat, hat auf die Eigenschaft des Kindes als eines ehelichen keinen weiteren Einfluß[61]), wenn auch die Mutter

nach Trennung der Ehe L. 3. §. 11. D. 38. 16. L. 29. pr. D. 28. 2. L. 4. C. VI. 29. Ueber den Widerspruch der beiden ersten Stellen mit Paul. Sent. Lib. IV. Tit. 9. §. 5. und Censorin. de die natali cap. 7—11., wo sieben volle Monate und 210 Tage erfordert werden, ist großer Streit entstanden (vgl. darüber Glück, Erl. der Pand. Bd. 28, S. 111 flg., 137 flg.) und es ist in diesen namentlich auch die Frage von der Lebensfähigkeit des Kindes mit hineingezogen worden. Da bestimmte Termine im Rechte nothwendig sind und nicht in jedem einzelnen Falle die Frage von der Ehelichkeit des Kindes von dem Gutachten der Sachverständigen, welche ja auch verschiedener Meinung sein können, abhängig gemacht werden darf, so muß es, will man nicht den Inhalt der hier allein entscheidenden Gesetzstellen willkürlich beschränken und auf jene wirklich fremde Momente Gewicht legen, alles Widerspruches, besonders von medicinischer Seite, ungeachtet, bei den Worten der Gesetze schlechterdings sein Bewenden haben. Dies wird denn auch von Glück zugegeben; jedoch macht er immer noch die folgenreiche Einschränkung, daß ein als im siebenten Monate geboren zu betrachtendes Kind nicht die Zeichen der vollen Reife und gewöhnlichen Zeitigkeit an sich trage; damit würde dann nothwendig in Uebereinstimmung stehen, daß ein zehnmonatliches, nach Trennung der Ehe geborenes Kind nicht umgekehrt unreif sein dürfe und die Gerichtsärzte im einzelnen Falle die Entscheidung hätten. Man hat auch die Worte der L. 11. C. V. 27.: Et generaliter definimus, et quod super huiusmodi casibus variabatur, certa definitione concludimus: ut semper in huiusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur; et hoc favore facimus liberorum, ut editionis tempus statuamus esse spectandum: exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari, infantium conditionis utilitas expostulat, hierher beziehen wollen, um zu beweisen, daß für die eheliche Geburt nichts darauf ankomme, ob die Zeit der Empfängniß vor Eingehung der Ehe falle. Die fragliche Constitution bezieht sich auf den Fall, wenn Jemand mit einer Frauensperson, mit welcher er eine Ehe hätte schließen können, im Concubinate gelebt und mit dieser Kinder gezeugt, nachher aber mit derselben eine förmliche Ehe (durch Errichtung von nuptialia instrumenta) geschlossen und in dieser Ehe Kinder erzeugt hat. Hier hatte Justinian in einer früheren Constitution (L. 10. C. V. 27.) verordnet, daß nicht nur die in der Ehe erzeugten Kinder, sondern auch die mit der späteren Ehegattin vorher erzeugten und geborenen ehelich und in der väterlichen Gewalt sein sollten. Diese Verordnung war so ausgelegt worden, daß man den vor der Ehe geborenen Kindern das Recht der ehelichen absprach, wenn in der Ehe keine Kinder erzeugt oder die in derselben erzeugten Kinder wieder gestorben waren. Diese Auslegung mißbilligt Justinian in L. 11. C. V. 27. und bestimmt, daß es hinsichtlich der Legitimation der vor der Ehe erzeugten und geborenen Kinder gleichgiltig sei, ob in der Ehe Kinder erzeugt worden sind oder nicht; noch vielmehr aber solle, wenn Jemand eine Frauensperson geschwängert, nachher aber während der Schwangerschaft dieselbe geehelicht habe, und nun ein Kind geboren worden sei, dieses Kind für ein rechtmäßiges (iusta soboles) gehalten und der väterlichen Gewalt unterworfen werden. Hieran schließen sich nun die oben bemerkten Worte. Die ganze Stelle bezieht sich aber auf den Fall der Legitimation unehelicher Kinder, und das in den erwähnten Worten ausgesprochene allgemeine Princip setzt überall Anerkennung der Kinder durch den Vater voraus, so daß also die Geburt in der Ehe, ohne die Möglichkeit der Conception in derselben, für sich nichts entscheidet.

61) L. 11. §. 9. D. 48. 5.

selbst angabe, daß das Kind im Umgange mit einem anderen Manne erzeugt sei[62]). c) Die juristische Gewißheit, welche durch die Rechtsregel: pater est, quem nuptiae demonstrant, hergestellt wird, ist jedoch nicht unumstößlich, sondern nur eine Rechtsvermuthung (sog. praesumtio iuris)[63]), welche durch Gegenbeweis vollständig beseitigt werden kann; nur muß der Gegenbeweis ergeben, daß das Kind nicht vom Ehemanne der Mutter erzeugt sein könne, sei es wegen Abwesenheit beider von einander während der Zeit der möglichen Empfängniß oder wegen Unvermögens Ehemannes zum Beischlaf während derselben Zeit[64]). e) Die den bisher gedachten physischen Gesetzen zuwiderlaufende Anerkennung eines Kindes als eines ehelich geborenen oder erzeugten, gehe diese vom Ehemanne oder von anderen dabei betheiligten Personen aus, kann zwar dem Kinde diese Eigenschaft nicht verschaffen[65]): erfolgt aber von Seiten der letzteren kein Widerspruch, so erhält sich das Kind natürlich in diesem Familienverhältnisse. Die Anerkennung von Seiten des Ehemannes nämlich schließt einen Widerspruch anderer dabei betheiligter Personen nicht aus und es sind diese daher nicht etwa durch eine solche Anerkennung des Ehemannes gebunden. In Bezug auf das unter a. erwähnte Erforderniß bedarf es noch der Bemerkung, daß, wenn ein Kind so kurze Zeit nach Eingehung der Ehe geboren ist, daß es nicht in derselben empfangen worden sein kann, doch die Möglichkeit der außerehelichen Erzeugung desselben durch die Ehegatten nicht ausgeschlossen ist. Das Zugeständniß des Ehemannes durch Anerkennung eines solchen Kindes für das seinige, welches mit keinem physischen Gesetze im Widerspruche steht, vielmehr eine sehr häufige Erfahrung über die Triftigkeit seines Grundes für sich hat, bewirkt dasselbe, was die Rechtsregel bewirkt. Die Anerkennung begründet aber keine absolute Verbindlichkeit, sondern es ist Widerruf nicht ausgeschlossen, wobei es freilich auf den nun zu übernehmenden Gegenbeweis ankommt, welcher auch die Unverbindlichkeit der concreten Anerkennung zum Gegenstande haben kann[66]). e) Besondere Bestimmungen giebt es für den Fall, wenn sich

62) L. 29. §. 1. D. 22. 3. Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 277. Bd. 21, S. 427 flg.

63) L. 12. D. 1. 5. L. 3. §. 12. D. 38. 16.

64) L. 6. D. 1. 6. Vgl. hierzu Glück, Erl. der Pand. Bd. 21, S. 424. Bd. 28, S. 134 flg., 144.

65) L. 5. C. VI. 23.

66) Der Satz von der Legitimität eines zu früh nach Eingehung der Ehe geborenen, aber anerkannten Kindes ist in L. 11. C. V. 27. und in Nov. 89. cap. 8. ausdrücklich anerkannt und hängt, wie auch schon in Note 60 bemerkt worden ist, mit der Legitimation durch nachfolgende Ehe zusammen. Die übrigen Sätze sind meistens Folgerungen und Anwendungen allgemeiner Grundsätze. Vgl. noch L. 13. C. IV. 19. und L. 5. C. VI. 23. wegen des Widerrufes und des Gegenbeweises. Die in mehreren anderen Quellenzeugnissen vorkommenden Beispiele von Anerkennung der Kinder durch die Väter, z. B. L. 29. pr. D. 22. 3. L. 5. C. VI. 23. und Nov. 117. cap. 2. betreffen nicht gerade den hier vorliegenden Fall, sondern es scheinen auch die beiden ersteren, wie die Novelle ausdrück-

die Frau bei Trennung der Ehe durch Scheidung oder durch den Tod des Mannes für schwanger hält, um ihr Interesse daran zu sichern, daß der gewesene Ehemann selbst oder seine Familie ihre Leibesfrucht auch wirklich als sein Kind anerkenne, oder um andererseits die völlige Entziehung oder etwaige Unterschiebung eines falschen Kindes zu verhindern[67]. Die Frau nämlich[68]) hat in ihrem Interesse dem geschiedenen Ehemanne oder dessen Vater, wenn er noch in dessen Gewalt stand[69]), und beziehungsweise in demselben Falle nach des ersteren Ableben letzterem allein[70]), binnen 30 Tagen nach Trennung der Ehe Anzeige von ihrer Schwangerschaft zu machen[71]). Im Falle der Unterlassung verliert sie das Recht, bei entstehendem Widerspruche dieser Personen gegen die Rechtmäßigkeit des Kindes dieselben auf dessen Anerkennung und Ernährung in Anspruch zu nehmen[72]). Hat sie aber die Anzeige gemacht, so kann der Ehemann, bezüglich sein Vater, wenn er die Schwangerschaft leugnet, entweder es bei dem einfachen Widerspruche bewenden lassen und das Weitere abwarten[73]), oder noch außerdem verlangen, daß die Frau sicherer Obhut zur Abwartung der Entbindung übergeben werde[74]). In beiden Fällen hat übrigens die Frau, wenn der Wider-

---

lich und bestimmt dies mit in Erwägung zieht, das Dasein der Ehe selbst als bezweifelt vorauszusetzen; allerdings ist aber das Mittel, wie die Wirksamkeit der Anerkennung sowie deren, z. B. in der Novelle, erwähnte Aeußerungen von allgemeiner Bedeutung, und also nach der Theorie vom Beweise überhaupt zu beurtheilen. Ob sie dagegen genügen, wenn es auf den Beweis des Daseins der Ehe selbst ankommt, ist eine nicht hier zu beantwortende, keineswegs aber unbedingt zu bejahende Frage. Das agnoscere infolge der Maßregeln des SC. Plancianum hat nur auf alere Bezug. Vgl. Sintenis a. a. O. §. 138, N. 11, Bd. 3, S. 93.

67) L. 1. pr. D. 25. 3. Diese Bestimmungen werden jedoch heutzutage nicht anwendbar sein, und die Umstände werden sich meistens so gestalten, daß eine beantragte Ehescheidung bei uns längere Zeit bis zur Entscheidung erfordert, als daß die Frau bei vorgängig angeordneter Trennung von Tisch und Bette, noch schwanger sein könne. Manche, wie Stryk, Usus modern. Pandect. Lib. XXV. Tit. 3. §. 1. und Lib. XXV. Tit. 4. §. 1. erklären sie für völlig unpraktisch und unmöglich, was dagegen Sintenis a. a. O. S. 93, N. 12 nicht zugiebt, obwohl er einräumt, daß sie selten zur Anwendung kommen werden.

68) L. 1. §. 1. D. 25. 3.: parentive, in cuius potestate est.

69) L. 1. §. 1. D. eod.: aut domum denunciare, si nullius eorum copiam habeat — d. h. in die Wohnung. S. Glück a. a. O. Bd. 28, S. 90.

70) L. 1. §. 2. D. eod. S. Glück ebd. S. 103 flg.

71) L. 1. §. 3. 9. D. eod. Bei Versäumniß der Frist erhält die Frau nach Befinden der Umstände Restitution. L. 1. §. 7. D. eod. Bei erfolgter Entbindung innerhalb dieser Frist hat die Unterlassnng der Anzeige gar keinen Nachtheil, indem auf diesen Fall das SC. Plancianum nicht berechnet ist. L. 1. §. 10. D. eod.

72) L. 1. §. 5. 6. D. eod.

73) L. 1. §. 4. D. eod.

74) L. 1. §. 3. D. eod. — custodes mittere (hoc autem vel ipsi marito, vel alii nomine eius facere permittitur). Selbstverständlich darf er letzteres auch dann thun, wenn er die Schwangerschaft überhaupt oder daß sie von ihm herrühre, in

spruch fortdauert, das Recht zur Anstellung der vorher erwähnten actio de partu agnoscendo et alendo; es bleibt ihr aber auch nichts weiter als die Erhebung dieser Klage übrig, und es kommen bei derselben die vorher aufgestellten Grundsätze über Beweis und Gegenbeweis zur Anwendung[75]). Hat aber der Mann oder sein Vater nicht widersprochen, so sind sie, gleichviel ob sie eine Obhut haben anordnen lassen oder nicht[76]), bis auf Weiteres zur Ernährung des erwarteten Kindes nach seiner Geburt verpflichtet[77]). Der endlichen Feststellung des Familienverhältnisses durch Klage steht übrigens, obgleich diese Maßregeln von der einen oder anderen Seite vernachlässigt worden sind, weder im Interesse des Kindes, noch des Vaters etwas entgegen[78]). Stand der Ehemann nicht in väterlicher Gewalt oder er hatte keinen Vater mehr und hält sich die Frau nach des Ehemannes Tod für schwanger, so hat sie den Personen, welche ohnedies Erben des Ehemannes sein würden, binnen 30 Tagen zweimal von der Schwangerschaft Anzeige zu machen; diese sind dann befugt, ihren Zustand untersuchen zu lassen und die etwa erforderlich scheinenden Anstalten, daß jeder Unterschleif rücksichtlich der Geburt des Kindes verhütet werde, bei Gericht zu beantragen[79]). Diese Maßregeln stehen im Zusammenhange mit den von ihrer Beobachtung abhängigen Beziehungen, sowohl der Mutter als des Kindes, zum Nachlasse des Ehemannes[80]). — Der Ehemann dagegen kann, um sich der Leibesfrucht der geschiedenen Ehefrau zu versichern, auch wenn von ihrer Seite die Schwangerschaft nicht angezeigt worden ist, die Anordnung einer Obhut verlangen; unterwirft sich die geschiedene Frau einer

---

Abrede stellt, und er gesteht dann durch Anordnung einer Obhut nichts ihm Nachtheiliges zu. L. 1. §. 11. D. eod.

75) L. 1. §. 4. D. eod.

76) Anordnung einer Obhut ohne Widerspruch gilt als ein Zugeständniß. Vgl. Paul. Sent. Lib. II. Tit. 24. §. 5. Glück a. a. O. Bd. 28, S. 99 flg.

77) L. 1. §. 4. D. eod. Hierauf beschränkt sich das hier erwähnte agnoscere in der Wirkung. §. 13. 14. eod.; indessen soll es für die noch zu erörternde Hauptfrage doch grande praeiudicium pro filio afferre. §. 12. eod.

78) L. 1. §. 8. 12—16. D. eod.

79) L. 1. §. 10—14. D. 25. 4. Die hier aufgenommene Stelle des prätorischen Edictes enthält sehr zahlreiche, sehr in das Kleinliche gehende Vorschriften und zu beobachtende Förmlichkeiten über diesen Fall, welche jedenfalls als nicht mehr anwendbar zu betrachten sind. Sie waren auch schon bei den Römern nicht absolut bindend, wie daraus hervorgeht, daß §. 15. eod. auf den mos regionis rücksichtlich der observatio ventris et partus verweist. Für die praktische Anwendbarkeit der Einrichtung im ganzen, hinsichtlich deren Ausführung dem richterlichen Ermessen das Weitere zu überlassen sei, erklären sich Stryk, Usus modern. Pand. Lib. XXV. Tit. 4. §. 3. Lauterbach, Colleg. theor. pract. Lib. XXV. Tit. 4. §. 2. Glück a. a. O. Bd. 28, S. 320 und die dort Angeführten. Sintenis a. a. O. §. 138, N. 24, Bd. 3, S. 94. Das etwaige Verfahren bei erhobenem Widerspruche müßte möglichst summarisch nach Art des Verfahrens wegen provisorischer Verfügungen eingeleitet werden.

80) Es sind dies die Missionen in der bonorum possessio ventris nomine und ex edicto Carboniano. Vgl. den Artikel Bonorum possessio Bd. II, S. 296 flg., 300 flg.

solchen nicht, so verliert sie ebenfalls das Recht auf Anerkennung und Ernährung des Kindes [81]). Stellt die Frau in Abrede, schwanger zu sein, so ist der Ehemann befugt, eine Untersuchung derselben durch drei erprobte Hebammen bei Gericht zu beantragen, und wenn diese oder zwei von ihnen die Frau für schwanger erklären, dieselbe bis zu ihrer Entbindung unter Obhut zu stellen [82]). Darüber findet ein eigenthümliches summarisches Verfahren statt [83]). — Der wirklichen ehelichen Abstammung steht die aus einer vermeintlichen Ehe (sog. matrimonium putativum), d. h. einer zwar in der erforderlichen Form eingegangenen, aber wegen irgend eines Ehehindernisses dennoch nichtigen Ehe, welche beide, Mann und Frau, oder wenigstens einer von Beiden, wegen Unbekanntschaft mit dem Ehehindernisse für giltig halten, in Ansehung der bis zu dem Zeitpunkte, wo das Ehehinderniß Beiden bekannt wird, erzeugten Kinder gleich [84]). 2) Ein zweiter Grund der Entstehung der väterlichen Gewalt ist die Annehmung an Kindes Statt (adoptio und arrogatio), weshalb auf einen früheren Artikel zu verweisen ist [85]). 3) Ein dritter Grund der Entstehung der väterlichen Gewalt ist die Legitimation, d. h. derjenige Act, wodurch uneheliche Kinder die Rechte ehelich geborener erlangen. Sie ist bei den Römern ursprünglich eingeführt, um dem Concubinate entgegenzuwirken [86]). Constantin erließ die erste Verordnung in Bezug hierauf, indem er bestimmte, man könne seine jetzt vorhandenen Concubinenkinder dadurch den ehelichen gleichstellen, daß man ihre Mutter, wenn sie anders eine Freigeborene sei und mit ihr Connubium stattfinde, heurathe [87]). Zeno verband diese Wirkung auf das Neue mit einer solchen Ehe, jedoch mit der geradezu ausgesprochenen Clausel, daß dies bei den nach seiner Constitution geborenen Kindern nicht abermals stattfinden könne [88]). Dennoch erlaubte es Anastasius wieder, wenn nämlich keine legitimen Descendenten vorhanden wären, und unter der Voraussetzung, daß Ehepacten errichtet würden, aber ohne Beschränkung auf freigeborene Concubinen [89]),

---

81) L. 1. §. 6. D. 25. 3.

82) L. 1. pr. §. 1. D. 25. 4. Vergl. dazu Glück a. a. O. Bd. 28, S. 303 flg.

83) L. 1. §. 2—9. D. eod. Räumt die Frau hierbei die Schwangerschaft ein, so wird es, wie vorher bemerkt wurde, bei erfolgter Anzeige der Schwangerschaft gehalten. Das bei entstandenem Widerspruche erforderliche Verfahren wird nach Art des wegen provisorischer Verfügungen gewöhnlichen Verfahrens einzuleiten sein.

84) Cap. 2. 8. 14. 15. X. IV. 17. S. Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 101 und Intestaterbfolge §. 156.

85) Vgl. den Artikel Adoptio Bd. I, S. 155 flg.

86) Ueber das Geschichtliche vgl. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Bd. 1, §. 219, S. 802 flg.

87) L. 5. C. V. 27. vgl. mit L. 1. C. eod. Nov. 89. pr.

88) L. 5. C. V. 27.

89) L. 6. 7. C. V. 27. Vgl. L. 4. §. 4. C. II. 8.

und zum Ueberflusse[90]) mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß man übrigens seine natürlichen Kinder immerhin auch arrogiren könne[91]). Justinus aber beschränkt die Anastasische Begünstigung nicht nur auf die bereits geborenen Kinder, sondern verbietet zugleich sogar die Arrogation der im Concubinate erzeugten Kinder[92]), ein Verbot, welches Justinian bestätigt hat[93]), nachdem er dagegen die sog. Legitimation schon lange zu einem bleibenden Institute erhoben hatte[94]). Dieses geschah zuerst in einer Verordnung, nach welcher alle mit einer freien Frau, mit welcher die Ehe zulässig ist, im Concubinate erzeugten Kinder durch die Ehe den später erzeugten gleichstehen sollen[95]), worauf erst noch eine neue Constitution gegen die unverständige Auslegung sich erklärte, als wenn zur Legitimation jener Kinder nöthig sei, daß auch noch nach Eingehung der Ehe Kinder geboren würden und am Leben blieben, und hinzusetzte, daß noch weniger Zweifel bei den vor der Ehe empfangenen, nachher geborenen Kindern obwalten könne, da überhaupt die Zeit der Geburt entscheiden solle, wo nicht die Zeit der Conception dem Kinde vortheilhafter sei[96]). Noch einmal mußte Justinian auf die Sache zurückkommen, um den Zweifel zu heben, als ob vor dem Concubinate erzeugte und nun noch vorhandene eheliche Kinder der Legitimation im Wege ständen[97]), und ferner, als ob dies nicht auch bei den Kindern einer Sclavin gelte, welche man sammt den Kindern frei gemacht und in die Lage gebracht hat, daß die mit ihr eingegangene Ehe giltig war[98]). Erst wieder eine neue Verordnung Justinian's erklärt sich in starken Ausdrücken gegen die grundlose Chicane, alle jene früheren Gesetze bei vorher eingegangenen Ehen, sofern etwa die Väter bereits gestorben waren, nicht zur Anwendung bringen zu wollen, indem nur Vergleich oder rechtskräftiges Urtheil einer Rückwirkung im Wege stehe[99]). Noch weiter geht das Gesetz, welches die Kinder einer Sclavin schon durch die Ehe mit der Mutter frei werden läßt[100]), worauf dann später nur noch eine Recapitulation dieser verschiedenen Verordnungen gefolgt ist[101]). Gleichfalls von Justinian ist die sog. legitimatio per oblationem curiae eingeführt, indem nach einer Novelle[102]) der unter

---

90) Vgl. z. B. sogar L. 46. D. 1. 7.
91) L. 6. fin. C. V. 27. Nov. 89. cap. 7.
92) L. 7. C. V. 27.
93) Nov. 74. cap. 3. Nov. 89. cap. 11. fin.
94) Schon Nov. 74. pr. und dann Nov. 89. cap. 8. giebt eine Uebersicht der hierher gehörigen Verordnungen Justinian's; siehe praef. ibid.
95) L. 10. C. V. 27.
96) L. 11. C. V. 27. Vgl. §. 13. Inst. I. 10. §. 2. Inst. III. 1.
97) Nov. 12. cap. 4.
98) Nov. 18. cap. 11.
99) Nov. 19.
100) Nov. 78. cap. 4.
101) Nov. 89. cap. 8.
102) Nov. 89. cap. 2—4. 11. pr.

die Curialen eingeschriebene (a patre curiae datus) natürliche Sohn oder die an einen Decurio verheurathete natürliche Tochter wenigstens dem Vater gegenüber und nicht rückwirkend, und nur in Ermangelung ehelicher Kinder, als legitim gelten soll. Die früheren Begünstigungen betreffen die Succession, obwohl so viel zuzugeben ist, daß väterliche Gewalt 103) durch Oblation an die Curie auch schon vor Justinian entstanden war 104). Dagegen war noch nicht zur Zeit der Compilation der Justinianeischen Rechtsbücher als Grundsatz ausgesprochen, daß der Regent die Befugniß habe, unehelichen Kindern die Rechte der ehelichen zu verleihen 105), wozu auch, so lange als die Arrogation unehelicher Kinder zulässig und noch nicht verboten war, umsoweniger ein Bedürfniß vorlag, als auch die Arrogation vom Regenten abhing. Es war ein bloßes Privilegium, was in einem vorliegenden Falle Marcus Aurelius den in einer bona fide eingegangenen incestuosen Ehe erzeugten Kindern vergönnt hat 106). Erst Justinian hat die sog. legitimatio per rescriptum Principis eingeführt. Er verstattet nämlich dem Vater, insofern als er keine ehelichen Kinder haben und die Mutter zu ehelichen außer Stande sein würde, um ein den Concubinenkindern die Rechte ehelich geborener ertheilendes Rescript nachzusuchen 107) und selbst im Testamente diese Bitte wirksam zu hinterlassen (sog. legitimatio per testamentum) 108). Letzteren Falles, d. h. wenn im Testamente die Bitte um ein Legitimationsrescript enthalten war, konnte freilich die väterliche Gewalt, da der Vater gestorben war, nicht mehr eintreten. Uebrigens wurde, wenn die väterliche Gewalt Wirkung aller drei Arten der Legitimation sein sollte, Einwilligung der Kinder verlangt 109). Betrachten wir nun nach dieser historischen Darstellung die im neuesten römischen Rechte üblichen Arten der Legitimation, die sog. legitimatio per subsequens matrimonium, per oblationem curiae und per rescriptum Principis, so haben sie im römischen Rechte Folgendes gemein. a) Im römischen Rechte wird die Legitimation blos als eine Wohlthat für den Vater eingeführt, wodurch die väterliche Gewalt über diejenigen Kinder sollte erlangt werden können, welche von Geburt nicht in derselben waren. b) Nach römischem Rechte können blos Concubinenkinder (naturales liberi) legitimirt werden, indem der Concubinat seit Augustus durch die lex Iulia et Papia Poppaea eine erlaubte Geschlechtsverbindung

---

103) Vgl. auch Nov. 89. cap. 11. init.

104) Denn in §. 13. Inst. I. 10. wird als einer, der postea redigitur in potestatem genannt „is qui dum naturalis fuit, postea curiae datus, patri subiicitur", und nicht einmal als ob dies erst eine Neuerung Justinian's wäre.

105) Nov. 74. praef. vgl. mit §. 13. Inst. I. 10.

106) L. 57. §. 1. D. 23. 2.

107) Nov. 74. cap. 1. Nov. 89. cap. 1.

108) Nov. 74. cap. 2. Nov. 89. cap. 2.

109) Nov. 89. cap. 11. pr. §. 1. Auch nach älterem Rechte konnten filii naturales oder emancipati nicht wider ihren Willen der väterlichen Gewalt unterworfen werden. L. 11. D. 1. 6.

war, und es auch unter den christlichen Kaisern, selbst noch unter Justinian blieb [110]), alle anderen außerehelichen Geschlechtsgemeinschaften

---

110) L. 3. §. 1. D. 25. 7. L. 49. §. 4. D. 32. Allerdings haben schon Reitz ad Theophil. Paraphr. Instit. I. 10. §. 13. p. 106 sq. not. k. und Witte, das preußische Intestaterbrecht aus dem gemeinen teutschen Rechte entwickelt (Leipzig 1838) §. 4 Anm. S. 16 flg., eine schon im römischen Rechte erfolgte Ausdehnung der ursprünglich auf Concubinenkinder beschränkten Legitimation angenommen. Beide scheinen über den Umfang dieser Ausdehnung gleicher Meinung zu sein und die Legitimation infolge derselben bei allen unehelichen Kindern eintreten zu lassen, welche von einem bestimmten Vater, aber nicht in einem nefarius, incestuosus und damnatus complexus erzeugt sind. Vgl. aber dagegen Schneider, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XII, S. 326—369. Reitz stützt seine Meinung darauf, daß der Begriff der naturales liberi sich im neueren Rechte erweitert habe, indem mit diesem Ausdrucke zwar eigentlich und früher die Concubinenkinder, später aber auch diejenigen unehelichen Kinder verstanden worden seien, welche der Vater „pro suis, i. e. ex se natis" anerkannt habe. Auch nach Schrader, Abhandl. Bd. 1, S. 21 flg., Anm. h. und in der Institutionenausgabe zu §. 13. Inst. I. 10. v. naturalis p. 75. soll der Ausdruck naturales liberi schon im römischen Rechte die im gewöhnlichen außerehelichen Beischlafe Erzeugten bezeichnen. Die von Reitz für seine Ansicht angeführten Constitutionen (L. 3. Th. C. IV. 6. L. 1. C. V. 27. L. 4. Th. C. IV. 6. L. 7. C. V. 27.) können nichts dafür beweisen, indem theils dort offenbar vom Concubinate die Rede ist, theils unter naturales liberi auch mit Sclavinnen erzeugte Kinder verstanden werden. Ueberhaupt ist der Begriff der naturales liberi durch L. 7. Th. C. IV. 6. von Theodosius II. und Valentinian III. gesetzlich dahin festgestellt, daß er Concubinenkinder und Kinder mit einer Sclavin erzeugt bedeutet. Das Hauptargument von Witte ist der angebliche Sprachgebrauch der byzantinischen Griechen, weshalb sich auf ein Scholium zu Harmenopul. Prochir. Lib. V. Tit. 8. §. 66. in Meerman, Thes. iur. T. VIII. p. 298. not. 111. berufen wird und in der Ausgabe des Harmenopulus von Heimbach iun. p. 648. not. k., und wegen des griechischen Sprachgebrauches auf Gans, das Erbrecht in weltgeschichtl. Entwickelung Bd. 1, S. 312—314, Bezug genommen wird. Hiernach sollen die byzantinischen Griechen dreierlei außer den iustae nuptiae erzeugte Kinder unterscheiden: *φυσικοὶ παῖδες* (Concubinenkinder), *νόθοι* (ohne Concubinat von einem bestimmten Vater in einem ausschließlichen Geschlechtsumgange gezeugt) und *σκότιοι* (vulgo quaesiti). Dieser Terminologie völlig angemessen nenne Justinian, wo er von wahren Concubinenkindern spricht, wie z. B. in Nov. 18. cap. 5., dieselben *φυσικοί*; überall aber, wo er von der Legitimation spricht, erwähne er nur *νόθοι*. Abgesehen, daß die Angabe des Scholiums schon von Seiten seines Ursprunges verdächtig ist, da es weiter nichts als ein Stück aus des Matthäus Blastares im Jahre 1335 geschriebenen Syntagma ist (vgl. Beveregii, Synod. Lit. B. cap. 8. T. II. P. II. p. 47. und Lennclav. Ius Gr. Rom. T. I. p. 481.), so muß jeder Anspruch desselben auf Glaubwürdigkeit verschwinden, wenn sich nachweisen läßt, daß der in dem Scholium aufgestellte Unterschied weder von anderen Byzantinern, noch insbesondre, worauf hier Alles ankommt, von Justinian irgend befolgt worden ist. Diesen Beweis hat Schneider a. a. O. S. 343 flg. geführt. Was insbesondre den Sprachgebrauch Justinian's betrifft, so braucht derselbe die Ausdrücke *παῖς φυσικός* und *νόθος* durchaus gleichbedeutend für filius filiave naturalis oder Concubinenkind, z. B. in Nov. 74. und Nov. 89., wo beide Ausdrücke mit einander abwechseln. Mit diesem Sprachgebrauche stimmt auch die byzantinische Jurisprudenz völlig überein. Ein ferneres Argument leitet Witte aus Nov. 89. cap. 12. §. 4. ab, wo der Kaiser genau bestimmt, daß die Concubine nur, wenn sie wahrhaft *ἐν παλλακῆς σχήματι* und als einzige Beischläferin des Erblassers

aber verboten waren. Der Grund davon war erstens, daß durch die Legitimation der bei den Römern sehr gewöhnliche Concubinat indirect abgeschafft werden sollte. Zweitens sollte die Legitimation zugleich eine Wohlthat für den Vater sein, damit er dadurch die väterliche Gewalt über seine unehelichen Kinder erlangen möchte. Wohlthaten ertheilen

---

mit demselben zusammen gewohnt habe, ein Erbrecht gegen denselben genießen solle, woraus von selbst folge, daß alle übrigen Vorschriften der Novelle von jener Bedingung nicht abhängig seien. Umgekehrt stelle dieselbe Novelle den, nach ihren Vorschriften der Legitimation fähigen Unehelichen durchaus keine anderen gegenüber, als die in nefariis, incestis und damnatis complexibus Erzeugten. Das im ersten Satze geltend gemachte argumentum a contrario wird im vorliegenden Falle durch bestimmte Aeußerungen Justinian's von selbst ausgeschlossen. Denn erstens verlangt der Kaiser auch bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe ausdrücklich (Nov. 89. cap. 8. pr.), daß die Concubine wahrhaft *ἐν παλλακῆς σχήματι* gewesen sei, was dann auch von der jener nachgebildeten Legitimation durch Rescript gelten muß. Zweitens sagt Justinian auch ausdrücklich, man könne, wenn Jemand mehrere Concubinen habe, eigentlich gar nicht von Concubinen sprechen, sondern es sei vielmehr ein *πλῆθος γυναικῶν πορνευομένων* vorhanden; ein solcher Mann sei ihm verhaßt und solle von den Bestimmungen des Gesetzes ausgeschlossen sein. Nov. 18. cap. 5. Nov. 89. cap. 12. §. 5. Endlich das Erforderniß, daß die Concubine mit dem Manne zusammengewohnt haben müsse, wird ebenfalls von Justinian sowohl bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe ausdrücklich erwähnt (Nov. 89. cap. 8. pr.), als auch bei der durch Rescript angedeutet (Nov. 89. cap. 9. init.); es müßte aber dieses Erforderniß, wenn es Justinian auch gar nicht berührt hätte, nichtsdestoweniger angenommen werden, da es zum Wesen des Concubinats gehört. Das Gewicht, das der in dem zweiten der obigen Sätze Witte's erwähnte Umstand, daß Justinian in Nov. 89. und ebenso in Nov. 74. cap. 6. den zur Legitimation fähigen unehelichen Kindern keine anderen als nur die sogenannten incestuosi entgegensetzt, zu haben scheint, verschwindet, wie Schneider a. a. O. S. 355 flg. gezeigt hat, bei näherer Betrachtung; ja er läßt sich nur durch die Beschränkung der Legitimation blos auf Concubinenkinder genügend erklären. Denn im vollen Umfange kann man den von Justinian aufgestellten Gegensatz unmöglich nehmen; d. h. es läßt sich nicht annehmen, daß er durch denselben die Eintheilung der unehelichen Kinder erschöpft und unter denen, welche er den sog. incestuosi gegenüberstellt, alle übrigen begriffen habe. Denn diese Annahme würde zu dem Resultate führen, daß alle nicht incestuosen Kinder, also auch vulgo quaesiti (im Sinne der Neueren) und sog. adulterini, legitimirt werden könnten und soweit wird Niemand die Legitimation im römischen Rechte ausdehnen wollen. Es ist sonach jener Gegensatz in einem beschränkten Sinne aufzufassen, und es sind unter den unehelichen Kindern, welche den incestuosen entgegengesetzt werden, nur gewisse zu verstehen. Nimmt man nun den Ausdruck *νόθοι*, womit Justinian sie bezeichnet, in dem von Witte behaupteten Sinne, so muß man entweder die Concubinenkinder von der Legitimation ausschließen (denn *νόθοι* sind nach Witte nur die ohne Concubinat von einem bestimmten Vater erzeugten unehelichen Kinder) oder man muß die Bedeutung von *νόθοι* selbst ändern und unter ihnen nicht blos die oben angegebenen, sondern auch die Concubinenkinder verstehen. Das Erstere verträgt sich aber nicht mit der Natur der Sache, das Letztere nicht mit der Ansicht Witte's. Wenn man dagegen unter den nicht incestuosen Kindern blos Concubinenkinder versteht, so fällt nicht blos diese Inconsequenz weg, sondern es läßt sich auch jener ganze Gegensatz vollständig rechtfertigen. Vgl. darüber die Ausführung von Schneider a. a. O. S. 356 flg.

aber die Gesetze keinem Verbrecher. Aus diesem Grunde waren liberi incestuosi, adulterini, spurii und vulgo quaesiti nach dem römischen Rechte von der Legitimation ausgeschlossen. In Bezug hierauf ist aber durch das kanonische Recht, welches in dieser Beziehung den Vorzug vor dem römischen Rechte in Teutschland unbestritten hat, vielmehr der Grundsatz angenommen worden, daß alle Arten unehelicher Kinder legitimirt werden können[111]). Die Gründe, aus welchen gerade dieses Recht eine solche Erweiterung sanctionirte, lassen sich aus dem Geiste desselben genügend nachweisen. Hauptsächlich war es die kanonische Ansicht von der Verwerflichkeit des Concubinats, welche einem Vorzug der Concubinenkinder hinsichtlich der Legitimation in den Weg trat und die Fähigkeit zu derselben auch auf andere uneheliche Kinder auszudehnen nöthigte. Dann wirkte bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe insbesondre auch noch die Sacramentaleigenschaft der Ehe, welche die Legitimität der vor der Ehe von den Ehegatten mit einander erzeugten Kinder als eine nothwendige von selbst eintretende Folge der Ehe erscheinen ließ[112]). Die Legitimationsfähigkeit der spurii und vulgo quaesiti war sonach von der Kirche schon im 12. Jahrhundert ausgesprochen und wurde seitdem von den Juristen und von der Praxis anerkannt[113]). Nur hinsichtlich der aus einem Ehebruche oder aus einem Incest erzeugten Kinder ist es bestritten, ob diese legitimationsfähig nach dem kanonischen Rechte seien. Viele verneinen die Frage und berufen sich auf eine Decretale Alexander III.[114]), welche ganz positiv gegen die Legitimation der im Ehebruche erzeugten Kinder durch die nachfolgende Ehe der Eltern sich ausspricht. Es ist aber dabei zu bedenken, daß diese Entscheidung auf Grundsätzen beruht, welche durch spätere Päbste wieder abgeändert worden sind. Zu der Zeit Alexander III. war die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin sowohl nach den kirchlichen Satzungen[115]), als nach römischen Gesetzen[116]) schlechterdings verboten; am wenigsten aber wurde sie geduldet, wenn der ehebrecherische Ehegatte dem unschuldigen Ehegatten nach dem Leben getrachtet hatte. Diese Grund-

111) Cap. 1. 6. 13. X. IV. 17. Vgl. Schneider a. a. O. S. 368. Siehe auch Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 292 flg.

112) Cap. 6. X. IV. 17.: Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Ursprünglich (Opp. Lat. conc. XXXIII. 1.) hieß es: Tanta est vis sacramenti etc. Vgl. Mansi, Sacr. concil. nova collectio, T. XXII. p. 388.

113) Vgl. die Citate bei Schneider a. a. O. S. 268, N. 4. Ein auf spurii sich beziehendes Legitimationsrescript Conrad IV. siehe bei Goldast, Statuta et rescripta Imper. T. III. p. 398.

114) Cap. 6. X. IV. 17.: Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit et ex ea prolem susceperit; licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius, et ab hereditate repellendus; praesertim si in mortem uxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus.

115) Can. 1. Caus. XXXI. qu. 1. Can. 4. 5. Caus. XXX. qu. 1.

116) L. 27. C. IX. 9. Nov. 134. cap. 12.

säte erkennt auch Alexander III. in einer anderen Decretale ausdrücklich an[117]). Er konnte also nach den zu seiner Zeit geltenden Grundsätzen gar nicht anders rescribiren, als daß ein im Ehebruche erzeugtes Kind durch die Ehe der Eltern keineswegs legitimirt werden könne, zumal wenn, wie in der zuerst gedachten Decretale noch angeführt wird, der Ehebrecher seiner unschuldigen Ehefrau nach dem Leben getrachtet haben sollte. Der Grund der Entscheidung war die Ungiltigkeit der Ehe der Eltern[118]). Allein unter Innocenz III. wurde von jener Strenge etwas nachgelassen und das ehemalige ganz allgemeine Verbot der Ehe wegen vorher begangenen Ehebruches auf zwei Fälle beschränkt, nämlich wenn der ehebrechende Gatte noch bei Lebzeiten seines unschuldigen Gatten dem Mitverbrecher die Ehe versprochen und wenn derselbe seinem unschuldigen Ehegatten nach dem Leben gestanden hat. In allen übrigen Fällen kann nach dem neueren päbstlichen Rechte der untreue Ehegatte seinen Mitverbrecher heurathen und Innocenz III. erklärt eine solche Ehe ausdrücklich für ein legitimum matrimonium[119]). Hieraus folgt nun, und dafür erklären sich auch fast alle älteren und neueren Juristen, daß in einem solchen Falle, wo die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin gesetzlich zulässig ist, auch die im Ehebruche erzeugten Kinder dadurch legitimirt werden[120]). Ebenso muß nach kanonischem und heutigem Rechte auch die Fähigkeit incestuoser Kinder zur Legitimation durch nachfolgende Ehe ihrer Eltern angenommen werden, sofern nur dieselbe im Wege der Dispensation zugelassen werden kann. — Man hat in der älteren Doctrin die Legitimation unehelicher Kinder auf eine rechtliche Fiction gründen wollen[121]), in der Art, daß bei jeder Legitimation rechtlich fingirt werde, als ob das legitimirte Kind in rechtmäßiger Ehe geboren sei, insbesondre aber bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe außerdem fingirt werde, als ob schon zur Zeit der Geburt des Kindes, ja sogar schon zur Zeit der Conception desselben unter den jetzt heurathenden Ehegatten eine rechtmäßige Ehe stattgefunden habe. Erstere bei jeder Legitimation angeblich zum Grunde liegende Fiction nennt man eine einfache (fictio simplex), die nur bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe stattfindende eine rückwirkende (fictio retrotractiva). Da nun bei jeder Fiction der Gesetze immer eine moralische Möglichkeit desjenigen vorausgesetzt werde, was als wahr angenommen werden soll, so könnten nur solche uneheliche

---

117) Cap. 1. X. IV. 7.

118) Dieser Entscheidungsgrund steht auch in der Originaldecretale. Opp. conc. Lateran. III. P. XXXIX. bei Harduin. Tom. VI. Concilior. P. II. p. 1819. Er ist aber in dem daraus entlehnten cap. 6. X. IV. 17. weggelassen.

119) Cap. 6. X. IV. 7.

120) Vgl. Glück a. a. O. S. 296 und die Note 10 das. Genannten und Dieck, Beiträge zur Lehre von der Legitimation u. s. w. (Halle 1832) S. 143 flg.

121) Vgl. darüber Glück a. a. O. Bd. 2, S. 285 flg. Thibaut, Versuche Bd. 1, S. 176 flg.

Kinder legitimirt werden, deren Eltern zur Zeit des Beischlafes und der Conception eine rechtmäßige Ehe nach den Gesetzen hätten schließen können. Daher komme es nun, daß keine aus Ehebruch, Incest oder aus irgend einem anderen unerlaubten geschlechtlichen Umgange erzeugten Kinder legitimirt werden könnten. Allein abgesehen davon, daß zwar der Prätor und die römischen Juristen von den Fictionen häufig Gebrauch machten, um die Strenge des Civilrechtes zu mildern und diesem fremde Rechtssätze einzuführen, es dieses Mittels aber unter den christlichen Kaisern, deren gesetzgebende Gewalt unbeschränkt war, gar nicht bedurfte, um ein bisher nicht bekanntes Rechtsinstitut durch ihren Willen in das Leben zu rufen, so wird auch in keinem der hier einschlagenden Gesetze einer solchen Fiction gedacht, und eine Fiction kann ohne eine in den Quellen des geltenden Rechtes bestehende Verordnung nicht angenommen werden. Auch braucht man nicht zu dieser Fiction seine Zuflucht zu nehmen, um daraus irgend eine Bestimmung in der Lehre von der Legitimation zu erklären. Denn die im römischen Rechte begründete Unfähigkeit der adulterini, incestuosi und spurii zur Legitimation hat ihren Grund darin, daß die Geschlechtsverbindung, aus welcher die Kinder erzeugt waren, eine durch die Gesetze verbotene, ein mit Strafe bedrohtes Verbrechen war, weshalb sie auch nicht durch kaiserliches Rescript legitimirt werden konnten. Wenn dagegen eingewendet wird, daß wenigstens die im Codex enthaltene Bestimmung[122], vermöge welcher keine Legitimation stattfindet, wenn Jemand mit einer Slavin Kinder gezeugt hat, darauf die Sclavin mit den Kindern freiläßt und sie heurathet, sich ohne Annahme einer Fiction nicht erklären lasse, indem, da hier zur Zeit der Geburt dieser Kinder keine Ehe zwischen den Eltern derselben möglich war, auch bei diesen Kindern deren Erzeugung in rechtmäßiger Ehe nicht habe fingirt werden können, so kommt, abgesehen davon, daß die Unfähigkeit der von einem römischen Bürger mit einer Sclavin erzeugten Kinder, durch nachfolgende Ehe legitimirt zu werden, nach jenen Gesetzen ganz andere Gründe hatte[123], auf alles dieses nichts an, weil Justinian[124] die Legitimation durch nachfolgende Ehe auch in dem Falle zugelassen hat, wenn die Mutter zur Zeit der Conception oder der Geburt der Kinder noch Sclavin gewesen war, was sich mit der angeblichen retrotractiven Fiction nicht vereinigen läßt. Daher müssen selbst diejenigen, welche sie annehmen, einräumen, daß Justinian dieselbe aufgehoben habe. Es ist daher der ganze Streit vergeblich. — Bereits vorher sind in der historischen Darstellung die drei bei den Römern üblichen Arten der Legitimation, a) durch nachfolgende Ehe (sog. legitimatio per subsequens matrimonium), b) durch Bestimmung eines Sohnes zum Decurio oder

---

122) L. 10. 11. C. V. 27.
123) Vgl. darüber Glück a. a. O. S. 288 flg.
124) In Nov. 89. cap. 4.

Verheurathung einer Tochter mit einem Decurio (legitimatio per oblationem curiae), c) durch landesfürstliches Rescript (legitimatio per rescriptum Principis) erwähnt worden. Was a) die **Legitimation durch nachfolgende Ehe** betrifft, so kann die unter den Juristen bestrittene Frage, ob dazu die Errichtung schriftlicher Ehepacten (instrumenta dotalia) nach römischem Rechte erforderlich gewesen sei, bei Seite gelassen werden, da heutzutage eine solche zur Vollziehung der Ehe nicht erfordert wird. Ueberhaupt finden heutzutage mancherlei Abweichungen vom römischen Rechte statt. Erstens ist nach kanonischem und heutigem Rechte nicht mehr nöthig, daß man mit der Person, welche man ehelichen will, im Concubinate gelebt haben müsse, sondern es findet diese Legitimation überhaupt statt, wenn Jemand der Person, mit welcher er in außerehelichem Geschlechtsumgange, es sei im Stuprum oder Ehebruche oder Incest, Kinder gezeugt hat, auf rechtmäßige Art ehelicht. Nur muß eine rechtmäßige Ehe unter den Eltern möglich sein und diese wirklich erfolgen. Ist dieses, so kommt auf die Zeit, zu welcher die Ehe geschlossen wird, nichts an, wenn sie auch zur Zeit einer tödtlichen Krankheit, ja selbst auf dem Sterbebette erst erfolgen sollte, vorausgesetzt, daß der tödtlich Kranke noch bei völligem Verstande sei, um seine eheliche Einwilligung erklären zu können. Eine zweite Abweichung ist, daß von der Errichtung schriftlicher Ehepacten ganz abzusehen ist, vielmehr die zur Schließung einer rechtmäßigen Ehe vorgeschriebene kirchliche oder bürgerliche Form genügt. Im Mittelalter gehörte zu den Feierlichkeiten einer solchen Ehe auch die Gegenwart der Kinder. Es war gewöhnlich, daß die Mutter sie während der Trauung mit ihrem Mantel bedeckte, welcher Sitte man den Namen **Mantelkinder** für die durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder zuschreibt[125]), während nach einer anderen Erklärung dieser Name daher rühren soll, daß man das Altartuch oder eine andere zu den Einsegnungen der Ehegatten besonders bestimmte Decke, palla oder pallium genannt[126]), über sie auszubreiten pflegte[127]). Eine andere Benennung für die durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder ist **Buchkinder**[128]). Die fraglichen Gebräuche sind allmälig abgekommen, daher es der Gegenwart der Kinder bei der Trauung jetzt nicht mehr bedarf. Uebrigens kann die Legitimation durch nachfolgende Ehe auch dann noch giltig geschehen, wenngleich der Vater, ehe er die Mutter des unehelichen Kindes heurathete, in der Zwischenzeit

125) **Knorre**, Nachricht von denen Mantelkindern, in dessen rechtl. Abhandl. und Gutachten Nr. 1. **Grupen**, de uxore theodisca cap. VI. p. 255 sq.

126) Vgl. **du Fresne**, Gloss. med. et inf. Latinit. v. **Palla** und **Pallium**.

127) **Schwarz**, de antiquo ritu legitimandi liberos per pallium. Altorf. 1747.

128) Sie rührt von der ehemaligen Sitte her, die Kinder bei der Trauung mit unter das Buch zu nehmen. **Haltaus**, Glossar. p. 191. **Grupen**, von Mantelkindern, §. 14 in der angef. Abhandl. S. 287.

mit einer anderen Frau in rechtmäßiger Ehe gelebt und in dieser Ehe Kinder erzeugt hätte[129]). Uebrigens kann die nachfolgende Ehe der Eltern die Wirkung der Legitimation nur unter der Voraussetzung haben, daß der Ehemann die unehelichen Kinder auch wirklich als seine Kinder ausdrücklich oder stillschweigend anerkennt oder sie, daß sie dies seien, wenn es später darauf ankommt, beweisen können. Von einer ausdrücklichen Anerkennung handelt allerdings keine der diese Legitimation betreffenden Stellen; alle aber setzen voraus, daß an der Abstammung der Kinder von den beiden Ehegatten kein Zweifel sei. Entsteht künftig Streit, ob ein gewisses Kind durch nachfolgende Ehe als legitimirt zu betrachten sei, so kann die Anerkennung weiteren Beweis überflüssig machen; sie geschieht gewöhnlich ausdrücklich und zwar entweder in Ehepacten oder auch durch entsprechende Erklärungen vor Gericht oder vor dem Pfarrer, welcher das Taufregister führt. Sie kann aber ebensogut auch stillschweigend geschehen und aus Thatsachen geschlossen werden. Läßt sich eine positive Anerkennung weder in der einen, noch in der anderen Art beweisen, so muß der Beweis der außerehelichen Erzeugung in Verbindung mit der nachfolgenden Verehelichung genügen. Ob derselbe aber jedenfalls erforderlich sei, ist eine nach den Umständen zu beantwortende Frage. Wenn z. B. ein Mann mit einer ledigen Frauensperson sich verehelicht, welche ihm ein oder mehrere uneheliche Kinder zubringt und er dieselben ernährt und erzieht, so möchte doch dadurch eine starke Vermuthung begründet werden, daß solche von ihm erzeugt seien, indem sich nicht annehmen läßt, daß Jemand sich die Alimentation fremder Kinder freiwillig auflasten werde[130]). Ob durch nachfolgendes Verlöbniß der Eltern der unehelichen Kinder eine Legitimation geschehen könne, ist zwar bestritten[131]); allein die Frage muß verneint werden, indem die für die Bejahung derselben angeführten Stellen des kanonischen Rechtes, welche den sponsalia de praesenti die Kraft der Ehe beilegen[132]), hier keine Anwendung finden, weil sie voraussetzen, daß ein giltiges Verlöbniß vorausgegangen und der Beischlaf darauf erfolgt sei, überhaupt aber auch die Lehre des kanonischen Rechtes von den sponsalia de praesenti durch das neuere Kirchenrecht, sowohl unter Katholiken als Protestanten, in Teutschland aufgehoben ist. b) Die legitimatio per oblationem curiae hat, als im engsten Zusammenhange mit der römischen Gemeindeverfassung stehend, in Teutschland keine Geltung erhalten. Der Versuch der Mönche im Mittelalter, ihren Klöstern das Ansehen himmlischer Curien zu geben, indem sie behaupteten, daß ein von den Eltern dem Klosterleben gewidmetes uneheliches Kind legitimirt werde, ebenso wie per oblationem curiae, ist

129) Nov. 89. cap. 8. 9.

130) A. M. ist Sintenis a. a. O. §. 138, Anm. 47, Bd. 3, S. 103, welcher hier nicht einmal eine gewöhnliche Vermuthung für begründet annimmt.

131) Vgl. über diese Streitfrage Glück a. a. O. S. 307.

132) Cap. 30. 31. 32. X. IV 1. Cap. 12. X. IV. 17.

nur ein Versuch geblieben[133]). c) Die Legitimation durch landesfürstliches Rescript ist von Justinian blos für die Fälle eingeführt, wo die Ehe mit der Concubine nicht möglich, z. B. dieselbe verstorben oder bereits mit einem Anderen verheurathet war[134]); es durften ferner auch keine ehelichen Kinder vorhanden sein, indem diese nach Justinian's Vorschriften ein vollkommenes Recht haben, daß keine Unehelichgeborenen zu ihrem Nachtheile völlig legitimirt werden sollen[135]). Auch steht nur dem Vater zu, sich an den Fürsten zu wenden und von ihm ein Legitimationsrescript auszuwirken, nicht der Mutter und ebensowenig den unehelichen Kindern, außer wenn der Vater in seinem Testamente den Kindern befohlen hätte, um die Legitimation bei dem Fürsten nachzusuchen[136]). Diese sog. legitimatio per testamentum[137]) ist eine Unterart der Legitimation durch Rescript, um welche die unehelichen Kinder auf das im Testamente ihres Vaters enthaltene Verlangen ansuchen. Auf Grund wörtlicher Auslegung der von dieser legitimatio per testamentum handelnden Gesetze[138]) nimmt Marezoll folgende Voraussetzungen derselben an: aa) der Vater muß erweislich schon früher die Absicht gehabt haben, sich selbst mit einem Gesuche an den Fürsten zu wenden, um ein Legitimationsrescript auszuwirken, aber durch irgend ein zufälliges Ereigniß seither an der Ausführung seines Planes verhindert worden, und nun endlich über einem solchen Hindernisse verstorben sein; bb) der Vater muß eine letzte Willensverordnung und zwar eine schriftliche errichten; cc) was den Inhalt dieses letzten Willens betrifft, so genügt nicht, daß der Vater überhaupt seine naturales liberi darin zu Erben einsetzt, sondern er muß vielmehr darin erklären, daß diese ihm in der Eigenschaft als eheliche Kinder und demgemäß als gesetzliche, als Intestaterben succediren sollen; dd) die unehelichen Kinder, wenn sie die Absicht des Vaters verwirklichen wollen, müssen theils nach des Erblassers Tode sich mit einem Gesuche an den Regenten wenden, worin sie, namentlich durch Beilegung des Testamentes, nachzuweisen haben, daß die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind, theils auch den väterlichen Nachlaß in der Eigenschaft als legitimi heredes in der Art und mit denjenigen Theilungsbestimmungen, welche der Vater etwa verfügt hatte, annehmen. Allein wenn man mit Vangerow[139]) festhält, daß Justinian diese Legitimationsart in Nov. 74. cap. 2. einführt und in Nov. 89. cap. 10. diese frühere Vor-

---

133) Vgl. darüber Glück a. a. O. S. 309.
134) Nov. 74. cap. 1. 2. Nov. 89. cap. 2.
135) Vgl. die angeführten Stellen.
136) Nov. 74. cap. 2.
137) Vgl. darüber Marezoll, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I, S. 78—93.
138) Nov. 74. cap. 2. §. 1. Nov. 89. cap. 10.
139) Vgl. Vangerow, Leitfaden §. 256, Anm. 2, Bd. 1, S. 397, 3. Ausg., welcher das im Texte nur kürzlich Angegebene weiter ausführt.

schrift nur einfach wiederholen, nicht etwa wegen entstandener Zweifel authentisch auslegen und noch viel weniger etwas an der früheren Verordnung ändern wollte; erkennt man also an, daß ersteres Gesetz das Hauptgesetz und nur hieraus das letztere Gesetz zu erklären sei, so gelangt man nothwendig zu anderen Ergebnissen. Aus ersterem Gesetze geht hervor: aa) daß die legitimatio per testamentum nur dann vorkommen kann, wenn die Voraussetzungen der Legitimation durch Rescript vorhanden sind, aber diese aus irgend einem Grunde bei Lebzeiten des Vaters nicht nachgesucht ist; bb) der Vater muß das Kind zum Erben einsetzen und seinen Willen erklären, daß es legitimus sein solle [140]). Ob das Testament ein schriftliches oder mündliches ist, kann keinen Unterschied machen [141]). cc) Das Kind muß die Erbschaft antreten und um ein Rescript nachsuchen, wobei ihm dann auch obliegt, die unter aa. und bb. erwähnten Voraussetzungen zu beweisen [142]). — Die Erfordernisse der römischen legitimatio per rescriptum Principis können heutzutage nicht mehr als maßgebend angesehen werden. Denn die Vorschriften Justinian's können unseren Regenten in der Ausübung ihrer gesetzgebenden Gewalt (ein Act derselben liegt in der Legitimation als der Ertheilung eines Privilegiums) keine Schranke setzen. Es wird

---

140) In der Vulgata kommen in Nov. 74. und 89. gleichmäßig die Worte vor, der Vater müsse seinen Willen erklären: sibi eos legitimos esse filios successores, was Marezoll so übersetzt: daß die Kinder seine gesetzlichen Erben, also seine Intestaterben sein sollten. Diese Uebersetzung ist schon nach dem griechischen Texte ganz unmöglich (αὐτῷ γνησίους εἶναι τοὺς παῖδας καὶ διαδόχους); denn abgesehen davon, daß schon das καὶ entscheidend entgegensteht, kann zwar das Wort γνήσιος schon vermöge seiner Ableitung, wo es legitime natus bezeichnet, nur auf παῖδας, nie aber auf διαδόχους bezogen werden; denn legitimi successores in der Bedeutung als Intestaterben kann nie durch γνήσιοι διάδοχοι, sondern nur durch νόμιμοι διάδοχοι wiedergegeben werden. Schon aus sprachlichen Gründen ist hiernach in Nov. 74. cap. 2. §. 1. eine Beziehung des γνησίους auf διαδόχους nicht zulässig; in Nov. 89. cap. 10. ist dies aber noch weniger statthaft, da hier das καὶ zwischen παῖδας und διαδόχους weggelassen ist. Auch aus dem juristischen Grunde kann hier nicht von einer Intestatsuccession die Rede sein, da ein Testament ohne Erbeinsetzung nicht denkbar ist und ohne die bestimmteste gesetzliche Vorschrift nicht angenommen werden darf. Darüber, ob in einem solchen Testamente extranei zu Erben eingesetzt werden dürfen und ob hier ein testamentum parentum inter liberos genügend sei, vgl. Vangerow a. a. O.

141) Zwar sprechen die Gesetze nur von einem schriftlichen Testamente und davon, daß das Testament vorgezeigt werden müsse; es würde aber eine reine nicht zu billigende Buchstabenerklärung sein, wollte man hier lediglich ein schriftliches Testament als nothwendig voraussetzen, da der Wille des Vaters, daß seine natürlichen Kinder als eheliche seine Erben sein sollen, ebensowohl in einem mündlich errichteten Testamente ausgedrückt und dem Regenten durch Beweis dieses Willens davon Kenntniß gegeben werden kann.

142) Allerdings hat Marezoll insofern Recht, daß der Erbschaftsantritt eine nothwendige Voraussetzung der legitimatio per testamentum ist. Daß aber die Legitimation auch den Erwerb der Erbschaft bedinge, wie er annimmt, ist unbegründet und nur eine Folge seiner irrigen Ansicht, daß hier von Intestatsuccession die Rede sei.

die Legitimation durch Rescript heutzutage ertheilt, wenn auch gleich die Ehe mit der Mutter der unehelichen, zu legitimirenden Kinder möglich ist, und ebenso gilt das Dasein ehelicher Kinder für kein Hinderniß derselben. Indessen muß doch angenommen werden, daß der Regent, wenn die im römischen Rechte begründeten Voraussetzungen der Legitimation vorliegen, dieselbe nicht verweigern kann, ohne die Justiz zu verweigern, indem in diesem Falle ein vollkommenes Recht auf die Legitimation vorhanden und die Legitimation unbedingt zugesagt ist. Sobald aber diese gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorhanden sind, kann man zwar dem Regenten nicht das Recht absprechen, über dieselben hinauszugehen und die Legitimation aus reiner Gnade zu gewähren; es ist aber immer festzuhalten, daß im Zweifel anzunehmen sei, der Regent habe sich innerhalb der gesetzlichen Schranken halten wollen, und hiernach ist das Legitimationsrescript auszulegen. — Im teutschen Rechte giebt es noch eine besondere Art der Legitimation durch Rescript, deren Wirkung blos in der Aufhebung der Anrüchigkeit, welche mit der unehelichen Geburt nach teutschem Rechte verbunden ist, besteht, Ehrlichmachung, sog. legitimatio ad abstergendum levis notae maculum. Man unterscheidet daher in der Doctrin eine vollkommene und unvollkommene Legitimation (sog. legitimatio plena und minus plena), je nachdem ihre Wirkung in der Erlangung der vollen Rechte Ehelichgeborener oder blos in der Aufhebung der Anrüchigkeit besteht. — Insofern durch die Legitimation eine bisher selbstständige Person der väterlichen Gewalt unterworfen werden soll, bedarf es dazu nothwendig der Einwilligung derselben[143]); daher kann selbst die Legitimation durch Rescript auf Antrag des Vaters ohne die Einwilligung des zu legitimirenden Kindes nicht erfolgen; die Legitimation durch nachfolgende Ehe ist zwar dadurch nicht bedingt, hat aber ohne diese Einwilligung die väterliche Gewalt nicht zur Folge. Insofern aber die Legitimation blos den

143) Vgl. Buchholtz, jurist. Abhandl. Nr. 18, S. 242—248. Schon zur Zeit der klassischen Juristen galt der Grundsatz: inviti filii naturales non rediguntur in patriam potestatem, ein Grundsatz, welchen Justinian in die Digesten aufnahm. L. 11. D. 1. 6. Justinian hat in den Novellen in Bezug auf die Legitimation diesen Grundsatz ausdrücklich wiederholt. Nov. 89. cap. 11. pr. In Ansehung der Legitimation durch nachfolgende Ehe wird auf Grund des kanonischen Rechtes zufolge der schon besprochenen Decretale Alexander III. in Cap. 6. X. IV. 17. die Entbehrlichkeit der Einwilligung der Kinder behauptet, weil die Kinder durch ihren Widerspruch die Ehe ihrer Eltern, folglich auch die damit gesetzlich verknüpften Wirkungen nicht hintertreiben könnten. Die Rechte der ehelichen Geburt sind nun allerdings eine mit der Ehe der Eltern nothwendig verbundene Folge und diese müssen die Kinder sich gefallen lassen, auch wenn sie nicht ihre Einwilligung dazu erklärt haben; insofern sie aber dadurch der väterlichen Gewalt unterworfen werden sollen, muß nach dem gedachten Grundsatze des römischen Rechtes, der nicht aufgehoben ist, ihre Einwilligung für nothwendig erachtet werden. Sintenis a. a. O. §. 138, N. 54, Bd. 3, S. 105. Dagegen verlangt Glück a. a. O. Bd. 2, S. 299 die Einwilligung der Kinder, weil man Wohlthaten Niemandem aufzudringen pflege.

Flecken der unehelichen Geburt tilgen soll, ist eine Einwilligung des Vaters nicht nöthig; diese Legitimation kann von dem unehelichen Kinde selbst oder dessen Mutter oder dessen Vormündern gesucht und erlangt werden. — Was die Wirkungen der Legitimation anlangt, so ist nach römischem Rechte diesfalls zwischen der Legitimation durch nachfolgende Ehe und der durch Rescript kein Unterschied[144]. Der Vater erlangt dadurch die väterliche Gewalt über die legitimirten Kinder sowie ein Erbrecht gegen dieselben, gleichwie gegen eheliche Kinder. Die Kinder werden der väterlichen Gewalt unterworfen und erlangen dadurch die Familienrechte in Ansehung ihres natürlichen Vaters sowie ein Erbrecht gegen denselben und dessen Familie, gleichwie eheliche Kinder. Ob die Familienrechte auch den Enkeln zu Theil werden, wenn nach dem Tode des natürlichen Sohnes, von welchem sie in rechtmäßiger Ehe gezeugt worden sind, der Großvater seine Concubine heurathet, ist bestritten, aber zu bejahen. Dagegen erwerben nach teutschem Rechte Legitimirte nicht den Adel des Vaters; es ist diesfalls zwar auch ein Unterschied zwischen Legitimation durch nachfolgende Ehe und der durch Rescript angenommen und die Behauptung aufgestellt worden, daß erstere den väterlichen Adel verleihe, letztere nicht; allein dieser Unterschied ist unbegründet. Das Erbrecht, welches die Legitimirten erhalten, ist, soweit solches gegen die väterlichen Anverwandten zusteht, nicht von der Einwilligung dieser Verwandten abhängig. Nach manchen Partikularrechten gilt das Gegentheil, wobei die Ansicht zum Grunde liegt, daß die Legitimation durch Rescript ein Privilegium sei und daher Dritten keinen Eintrag thun dürfe[144a]. Sehr streitig ist im heutigen Rechte die Frage, ob der Regent durch Rescript auch dann den Legitimirten Erbrecht verleihen könne, wenn zur Zeit der gesuchten Legitimation bereits eheliche Kinder vorhanden sind[145]. Es giebt darüber vier verschiedene Ansichten. Nach Einigen hat diese Legitimation die vollständigste Wirkung. Nach Anderen soll in dem vorliegenden Falle den ehelichen Kindern der Pflichttheil zum Voraus gebühren. Noch Andere halten zwar diesen Vorzug der ehelichen Kinder für ungegründet, wollen aber doch letztere durch eine solche Vermehrung der Anzahl der Kinder in ihrem Pflichttheile nicht verkürzt wissen. Nach einer vierten Ansicht erhalten die legitimirten Kinder gar kein Erbrecht. Man muß zwei Fragen unterscheiden: erstens, was im Zweifel als muthmaßlicher Wille des Regenten anzunehmen sei, und zweitens, ob die Gewalt des

144) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 2, S. 312 flg.

144a) Beispiele solcher Partikularrechte siehe bei Heimbach, Lehrb. des partikul. Privatrechtes der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Staaten, §. 112.

145) Vgl. über diese Streitfrage Glück a. a. O. S. 317 flg., welcher auch die Vertheidiger der verschiedenen Ansichten anführt. Nach römischem Rechte konnte die Frage gar nicht entstehen, weil die Legitimation durch Rescript nur dann stattfand, wenn keine ehelichen Kinder vorhanden waren.

Regenten sich soweit erstrecke, daß er, ungeachtet eheliche Kinder vorhanden sind, uneheliche Kinder auf Ansuchen des Vaters mit der Wirkung der Erbberechtigung legitimiren könne. Anlangend die erste Frage, so ist im Zweifel immer anzunehmen, daß der Regent dasjenige gewollt habe, was mit dem gemeinen Rechte am meisten übereinstimmt. Ist daher das Dasein ehelicher Kinder in der Bittschrift des Vaters verschwiegen, so daß die von ihm ausgewirkte Legitimation unter der Clausel: ungeachtet eheliche Kinder vorhanden sind (non obstantibus liberis legitimis) nicht ertheilt worden ist, so muß das Rescript als erschlichen angesehen werden und kann den ehelichen Kindern keinen Eintrag thun, da nach der Regel Privilegien ohne Nachtheil des Rechtes eines Dritten verstanden werden müssen. In Betreff der zweiten Frage spricht für deren Bejahung, daß der gesetzgebenden Gewalt unserer Regenten durch die Vorschriften Justinian's keine Schranke gesetzt werden konnte, und daß die ehelichen Kinder, so lange der Vater lebt, kein Recht auf dessen Erbschaft haben, daher auch durch die Legitimation unehelicher kein Recht derselben verletzt wird. Es kann ihnen daher nicht einmal ein Anspruch auf den Pflichttheil im Voraus zugestanden werden. — Hat gleich die Legitimation die Wirkung, daß sie die Rechte der ehelichen Kinder verleiht, so machen doch davon diejenigen Vorrechte eine Ausnahme, deren Genuß von einer rechtmäßigen Geburt abhängt und welche sich auf besondere Verordnungen und Einrichtungen gründen, sofern nämlich eheliche Competenten vorhanden sind, welche schon vor der Legitimation und gleich mit ihrer Geburt ein Recht darauf erworben haben. Denn da Niemandem sein wohlerworbenes Recht entzogen werden kann, so ist auch die Legitimation unbeschadet des wohlerworbenen Rechtes eines Dritten zu verstehen. Hieraus folgt: die Unfähigkeit der Legitimirten zur Lehensfolge[146]), die Ausschließung derselben von der Succession in Familienfideicommisse, die mangelnde Stiftsfähigkeit. Von Familienstipendien dürften dagegen Legitimirte nicht auszuschließen sein, obschon sich Manche dafür erklären, so lange ehelich geborene Agnaten, welche genußfähig sind, vorhanden sind. Denn Stipendien gehören zu den milden Stiftungen, und solche Stiftungen sind so zu erklären, daß Niemand ohne erheblichen Grund davon ausgeschlossen wird. Mithin darf jeder, welcher zur Familie des Stifters gehört, darauf Anspruch machen. Vollkommen Legitimirte erhalten aber die Familienrechte. Auch wird bei Stipendien das Wort Familie in so weitem Umfange genommen, daß auch Verwandte von Seiten der Töchter darunter begriffen werden.

D. Aufhebung der väterlichen Gewalt. Die väterliche Gewalt kann auf mehrfache Weise enden. Dieser Begriff läßt sich zuvörderst sowohl als nur auf die Person des Vaters bezogen verstehen,

146) II. Feud. 26. §. 11. Vgl. den Artikel Lehenssuccession Bd. VI, S. 542.

so daß also das Kind nicht selbstständig wird, wie auch dahin, daß das Verhältniß nach beiden Seiten hin völlig aufgelöst wird. Im ersteren Falle geht das Kind nur aus der Gewalt des Einen, und zwar regelmäßig des natürlichen Vaters oder eines entfernteren Adscendenten, in die Gewalt eines Anderen über; es tritt dies ein erstens bei der eigentlichen Adoption (im Gegensatze der Arrogation), zweitens bei dem Tode, drittens bei der incestuosen Ehe eines Adscendenten, welcher von einander abstammende Descendenten verschiedenen Grades hat, z. B. wenn nach dem Tode des Großvaters die Enkel in die Gewalt ihres Vaters übergehen. Hier ist der zweite Fall gemeint und damit insbesondere die Erlangung der vollen persönlichen Selbstständigkeit von Seiten des Kindes. Die Gründe dazu sind sehr verschiedener Art; theils ist es eine natürliche Nothwendigkeit, theils gesetzliche Anordnung zur Strafe, theils Willkür der Betheiligten[147]). 1) Nothwendig erlischt die väterliche Gewalt durch den Tod des Gewalthabers, sobald nicht in diesem Falle, wie vorher erwähnt wurde, das Kind nur aus der Gewalt des entfernteren Adscendenten in die des näheren übergeht[148]). Gleichfalls erlischt die Gewalt durch den Tod des Kindes; indessen ist dieses Ereigniß unter Umständen ohne Einfluß auf den dem Vater an den Adventitien zustehenden Nießbrauch[149]). 2) Zur Strafe erlischt die väterliche Gewalt für den Vater[150]): a) wenn er eine incestuose Ehe geschlossen hat[151]); b) wenn er die Tochter verkuppelt[152]). 3) Die Aufhebung der väterlichen Ge-

---

147) Die mit gewissen Würden, zu welchen das Kind gelangte, verbundene Unabhängigkeit von der väterlichen Gewalt trat nach älterem Rechte ein, wenn der Sohn flamen Dialis oder die Tochter Vestalin wurde. Gai. Inst. Comm. I. §. 130. III. §. 114. fin. Ulpian. Fragm. Tit. X. §. 5. Tacit. Annal. IV. 16. Gell. N. A. I. 12. Nach Justinian's Vorschrift befreite der Patriciat (L. 5. C. XII. 3. §. 4. Inst. I. 12. Nov. 81. init.), das Consulat, die Würde eines prätorischen Präfecten, magister militum, überhaupt jede, welche von der Curie befreit, sowie die Bischofswürde von der väterlichen Gewalt. Nov. 81. pr. cap. 1—3. vgl. mit L. 66. C. de decurion. X. 32. (31.). Dies ist nicht mehr praktisch.

148) Pr. §. 1. Inst. I. 12.

149) Hat das Kind Descendenten zu Erben, so behält der Vater den Nießbrauch, mögen diese Descendenten in seiner Gewalt stehen oder nicht. Nov. 118. cap. 1. Besteht das Adventitium selbst in einem Nießbrauche, so erlischt er in diesem Falle nicht, sondern dauert für den Vater fort. L. 17. C. III. 33. Wird das Kind von näheren Adscendenten beerbt, als derjenige väterliche Adscendent ist, welchem kraft väterlicher Gewalt der Nießbrauch zusteht, so behält er ebenfalls den Nießbrauch. Wenn aber der Inhaber des Nießbrauches das verstorbene Kind zusammen mit Geschwistern oder Geschwisterkindern beerbt, so erlischt ausnahmsweise der Nießbrauch. Vgl. Glück, Intestaterbfolge S. 658 flg. Löhr, im Archiv für civil. Praxis Bd. X, S. 165 flg. Marezoll, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. XIII, S. 207 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. 2, S. 64 flg.

150) Vgl. darüber Buchholz, Abhandl. Nr. 16, S. 221—231.

151) Nov. 12. cap. 2.

152) L. 6. C. de spectaculis. (XI. 40. (41.)). Buchholz a. a. O. S. 230 flg. leugnet diesen Fall, indem die angeführte Constitution den Töchtern

walt durch Willkür ist möglich durch Emancipation, d. h. förmliche Entlassung aus der väterlichen Gewalt. Betrachten wir zuvörderst kurz das Geschichtliche[153]). Nach älterem römischen Rechte konnte der Vater den Sohn freigeben durch Vermittelung[154]) einer dreimal zu wiederholenden Mancipation, welcher eine Manumission folgte. Bei Töchtern genügte eine einmalige Mancipation. Der ganze aus Mancipationen und Manumissionen zusammengesetzte Act ging vor der Obrigkeit vor, vor welcher legis actio zulässig war[155]), und endigte sich mit einer vindicatio in libertatem. Der Verkauf mußte kein imaginärer sein, und obwohl uns unbekannt ist, seit wann der Verkauf zum Scheine geschehen konnte, so findet sich doch umgekehrt eine durch wirkliches, d. h. eine Zeit lang dauerndes mancipium vorbereitete Freilassung noch zur Zeit des Gajus und Paulus. Daher konnte Gajus sagen, ein nach der ersten oder zweiten Mancipation concipirter Sohn falle in seines Großvaters Gewalt, und die Meinung des Labeo, daß das vom Sohne „qui in tertia mancipatione est" concipirte Kind mit seinem Vater in mancipio sich befinde, sei nicht die gerichtlich angenommene,

---

nur das Recht giebt, bei solchen Handlungen des Vaters sich an den geistlichen oder weltlichen Richter zu wenden (si velint) und alsdann der Vater zum Exil und in metalla verurtheilt wird. Infolge dieser capitis deminutio (§. 3. Inst. I. 12.) verliere derselbe auch seine väterliche Gewalt; unmittelbar, ipso iure, gehe also die Gewalt nicht durch die Handlung des Vaters verloren, sondern erst auf die erhobene Beschwerde der Tochter durch den von der väterlichen Gewalt befreienden Ausspruch des Richters. Da aber die Kaiser im Eingange ihren Willen aussprechen, ne potestatis iure frui voleant, und die gedachte Bestimmung selbst heutzutage unanwendbar ist, so hat Sintenis §. 143, N. 8, Bd. 3, S. 180 Recht, wenn er nunmehr in die Verkuppelung selbst einen Aufhebungsgrund der väterlichen Gewalt setzt. Noch wird häufig als ein dritter Fall, wo der Vater die Gewalt zur Strafe verliere, der erwähnt, wenn er die Kinder aussetzt. Als Beweisstellen dafür werden angeführt L. 2. 4. C. de infant. expos. (VIII. 51. (52.)). Nov. 153. cap. 1. Zuvörderst muß aber die citirte L. 4. ausgeschieden werden, welche vielmehr mit Nov. 153. cap. 1. identisch ist und von den Herausgebern des Codex seit Pacius als restituirte Constitution aus Syn. Basil. XXXIII. cap. 4. p. 318. 319. in den Codex aufgenommen worden ist. Vgl. Witte, die leges restitutae des Just. Codex S. 211 flg. und Buchholtz a. a. O. S. 222 flg. In der übrigens unglossirten und deshalb nicht in Betracht kommenden Nov. 153. cap. 1. ist aber nur von einer Gewalt über Sclaven, nicht von der väterlichen Gewalt die Rede, wie schon der Ausdruck δεσποτεία zeigt, sowie die weiter vorkommenden Ausdrücke δουλεία und ἐλευθερία. Auch L. 2. C. cit. spricht nur von Sclavenkindern. Indirect folgt aber, daß die väterliche Gewalt durch Aussetzung des Kindes nicht verloren ging, aus L. 16. C. V. 4., indem hiernach der Vater eines ausgesetzten Kindes zu dessen Verehelichung seine Zustimmung geben oder verweigern kann. Das Recht zur Einwilligung in die Ehe des Kindes war aber ein Ausfluß der väterlichen Gewalt, und damit sagt diese Stelle indirect, daß trotz der Aussetzung des Kindes die Gewalt fortdauere.

153) Vgl. darüber Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechtes Bd. 1, §. 225, S. 823 flg.

154) Theoph. Paraphr. Inst. Lib. I. Tit. 12. §. 6. L. 3. §. 1. D. 4. 5.

155) L. 4. D. 1. 7. L. 6. C. de emancipat. liberor. (VIII. 48. (49.)). Nov. 81. pr.

da vielmehr (utimur hoc iure) das ius des Kindes unentschieden bleibe und daß es mit des Vaters Manumission dessen potestas unterworfen, dagegen mit dessen Tode sui iuris werde [156]). Daher sprechen ferner Gajus und die späteren Juristen von in der Zwischenzeit errichteten Testamenten oder erfolgtem Tode [157]); daher hatte der Vater auch nicht nöthig, den zum ersten oder zweiten Mal an ihn zurückgefallenen Sohn demselben Käufer oder vor denselben Personen zu mancipiren, obgleich dies gewöhnlich geschah [158]), sowie überhaupt das Mancipiren zum Schein (dicis gratia) das Gewöhnlichere war [159]). An die erste oder dritte Mancipation (an erstere bei Töchtern, an letztere bei Söhnen) konnte der Vater auch die Bedingung der remancipatio (lex s. pactum fiduciae) statt der der Manumission knüpfen und so selbst die Quasipatronatrechte erlangen [160]), zumal da der parens mehr als der extraneus dabei begünstigt war [161]), indem von jenem immerhin die Liberalität ausging. Denn gezwungen, sein Recht aufzugeben, konnte in der Regel nicht einmal der Adoptivvater werden [162]), der doch das adoptirte Kind gegen seinen Willen emancipiren, aber dann freilich nicht noch einmal adoptiren darf [163]). Wenn der Vater dem Sohne sich als paterfamilias zu geriren längere Zeit verstattet (si diu passus est), so kann daraus eine Vermuthung für giltige Emancipation entstehen [164]). Es läßt dies auf eine bereits minder strenge Bewahrung der alten Emancipationsform schließen, welche indessen noch nach einem Rescripte Diocletian's, nicht durch bloßen Consens, sondern „actu solemni" geschehen mußte [165]). Die bisher beschriebene Emancipation heißt in der Doctrin zum Unterschiede von den gleich zu erwähnenden anderen beiden Emancipationsformen emancipatio vetus. Kaiser Anastasius erlaubte dem Vater, sich unmittelbar an den Kaiser zu wenden und von diesem durch ein Rescript die Emancipation des Kindes auszuwirken, welches Rescript jedoch bei der competenten Obrigkeit insinuirt und im Gerichte niedergelegt werden mußte (sog. emancipatio Anastasiana). Diese Art der Emancipation ist nach der in den Codex aufgenommenen Constitution [166]) für den Fall eingeführt, wenn die zu emancipirenden Kinder abwesend,

---

156) Gai. Inst. Comm. I. §. 135.

157) Gai. l. c. Comm. II. §. 141. III. §. 6. Coll. LL. Mos. Tit. XVI. §. 2. Ulpian. Fragm. Tit. XXIII. §. 3. mit L. 8. §. 1. D. 28. 3.

158) Paul. Sent. Lib. II. Tit. 25. §. 2. Gai. l. c. I. §. 132. fin.

159) Gai. l. c. I. §. 141.

160) Gai. l. c. I. §. 140.

161) Gai. epit. I. 6. §. 3. Theoph. und Inst. I. 12. §. 8. Inst. III. 2.

162) Gai. Inst. Comm. I. §. 137. L. 31. D. 1. 7. §. 10. Inst. I. 12. L. 8. fin. D. 38. 6. L. 4. C. de emanc. liber. (VIII. 48. (49.)). Auch steht es in des paterfamilias Willkür, welches Kind er emancipiren, welches er in der Gewalt zurückbehalten will. L. 28. D. 1. 7. §. 7. Inst. I. 12.

163) L. 132. D. 45. 1. L. 9. C. de adopt. (VIII. 47. (48.)).

164) L. 1. C. de patria potest. (VIII. 46. (47.)).

165) L. 3. C. de emanc. liberor. (VIII. 48. (49.)).

166) L. 5. C. eod.

oder zwar in derselben Gegend oder in derselben Stadt anwesend, aber nicht im Gerichte gegenwärtig sind. Es ist schon nach den Worten derselben nicht anzunehmen, daß der Kaiser diese Emancipation blos für den Fall habe einführen wollen, wenn die Kinder nicht in Person vor Gericht erscheinen könnten. Es läßt sich dieses umsoweniger annehmen, als diese Constitution nicht die einzige von dem Kaiser über die Emancipation erlassene ist, wiewohl sie allein in den Codex aufgenommen ist; vielmehr hat der Kaiser schon vorher eine Verordnung erlassen, welche er selbst in verschiedenen seiner Constitutionen anführt[167]), nach welcher er einem jeden Vater die Erlaubniß ertheilte, die Emancipation seiner Kinder durch ein kaiserliches Rescript zu bewirken, ohne daß er dabei der Unmöglichkeit des Erscheinens der Kinder in Person vor Gericht Erwähnung that. Daß die Einwilligung der Kinder in der in den Codex aufgenommenen Constitution als nothwendig erwähnt wird, ist gleichfalls kein Beweis dafür, daß nur für den Fall, wenn die Kinder vor Gericht nicht in Person erscheinen könnten, diese Emancipation eingeführt sei; denn diese Einwilligung kann nach der Constitution sowohl vor demselben, als vor einem anderen Richter, sowohl vor Einreichung der Bittschrift und Bekanntmachung des Emancipationsrescriptes, als nachher zu den Acten erklärt werden; es ist also der Fall gedacht, daß die Kinder selbst im Gerichte gegenwärtig sind und vor oder bei Bekanntmachung des Rescriptes ihre Einwilligung erklären. Nur bei infantes bedarf es der Einwilligung in die Emancipation nach der Constitution nicht. Die emancipatio Anastasiana hatte übrigens gleiche Wirkung mit der alten Emancipation[168]); nur darin war sie von der letzteren verschieden, daß die nach der Anastasianischen Constitution emancipirten Kinder das Successionsrecht in das Vermögen ihrer Geschwister, welche in der väterlichen Gewalt geblieben waren, behielten[169]). Justinian endlich schaffte die alte Emancipation gänzlich ab[170]) und bestimmte, daß die bloße Erklärung des Vaters vor dem competenten Richter, daß sein Kind von der väterlichen Gewalt frei sein solle, genügen, der Vater auch die legitima iura (gesetzliches Erbrecht und gesetzliche Tutel) auch ohne besonderen Vorbehalt behalten solle (sog. emancipatio Iustinianea). Daher sagt er in den Institutionen[171]), durch seine Constitution sei der Rechtssatz eingeführt worden: ut emancipationes liberorum semper videantur quasi contracta fiducia fieri, cum apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset. Diese Emancipation ist nur für den Fall ver-

---

167) L. 18. C. VI. 20. L. 11. C. VI. 58. Beide Constitutionen sind nach der Subscription jünger als die L. 5. C. cit.

168) L. 5. C. cit.: Et personae, in quas talis liberalitas collata sit, de aliena potestate, quasi a parentibus ex emancipatione manumissae, liberentur.

169) L. 4. C. V. 30. L. 15. §. 1. C. VI. 58. §. 1. Inst. III. 5.

170) L. 6. C. de emancipat. liberor. (VIII. 48 (49.)).

171) §. 8. Inst. III. 2.

stattet, wenn die Kinder im Gerichte gegenwärtig sind. Auf die Gegenwart der Kinder weist auch die von Theophilus[172]) und Harmenopulus[173]) aufbewahrte Formel, deren sich der Vater vor Gericht zu bedienen pflegte, hin. Daher hat Justinian zum Vortheil der Abwesenden die emancipatio Anastasiana ausdrücklich beibehalten. Ueber die Emancipation arrogirter Unmündiger ist an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden[174]). — Die Emancipation setzt in der Regel die Einwilligung des Vaters und des Kindes voraus, kann also so wenig gegen den Willen des ersteren als gegen den der letzteren geschehen. Doch finden verschiedene Ausnahmen statt. Es giebt a) Fälle, in welchen der Vater zur Emancipation gezwungen werden kann. Diese sind: aa) wenn er die Kinder grausam und barbarisch behandelt[175]); bb) wenn dem Vater unter der Bedingung der Emancipation etwas hinterlassen oder die Emancipation als modus einem Legate beigefügt worden ist, so ist dies vollkommen giltig[176]). War aber einem Vermächtnisse die fideicommissarische Auflage: ut filium emanciparet, beigefügt, so fand streng genommen kein Zwang zur Erfüllung statt[177]); aus Gründen der Billigkeit wurde wenigstens extra ordinem ein Zwang gegen den Vater verstattet[178]); cc) auch dann, wenn der Vater für das Emancipiren sich hat bezahlen lassen, findet aus allgemeinen Gründen und nach Analogie des vorigen Falles ein Zwang zur Emancipation statt[179]); dd) wenn ein arrogirter Unmündiger nach erlangter Pubertät

---

172) Theophil. Paraphr. Inst. Lib. I. Tit. 12. §. 6.

173) Harmenopul. Promt. iur. Lib. I. Tit. 17. §. 7. edit. Heimbach. p. 186.

174) Vgl. den Artikel Adoptio Bd. I, S. 157.

175) L. 5. C. 37. 12. Obwohl hier nur von einem einzelnen Falle die Rede ist, in welchem Trajan den Vater zur Emancipation gezwungen habe, so ist doch unverkennbar hier ein Princip ausgesprochen, zumal auch bei Sclaven ganz ähnliche Grundsätze gelten. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, S. 402.

176) L. 92. D. 35. 1. Paul. Sent. Lib. IV. Tit. 13. §. 1.

177) L. 114. §. 8. D. 30.

178) L. 92. 93. D. 35. 1. Marezoll, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XIII, S. 197, will eine Klage auf Emancipation nicht dem Kinde verstatten, sondern nur demjenigen, welcher eventuellen Anspruch auf das dem Vater Zugewendete habe, wenn er den modus nicht erfülle. Hierzu giebt aber L. 92. cit. nicht nur keine Veranlassung, sondern es ist auch gar nicht nothwendig, daß stets eine solche Person vorhanden sei. Vgl. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 2, S. 146. Vangerow a. a. O. S. 401 flg. Sintenis, Civilrecht §. 143, N. 16, Bd. 3, S. 181.

179) Als positiver Beleg kann allerdings L. 1. §. 2. D. 37. 12. dafür nicht angeführt werden. Denn ihrem ganzen Zusammenhange nach ist der Sinn dieser Stelle der, daß der Vater, welcher als manumissor das Testament seines emancipirten Sohnes mit der bonorum possessio contra tabulas anfechten will, mit einer doli exceptio zurückgewiesen wird, wenn er für die Emancipation Bezahlung angenommen oder wenn er doch nach der Emancipation eine hinreichende Summe Geldes empfangen hat, damit er dessen letzten Willen nicht anfechte. Vangerow a. a. O. S. 402.

nachweist, daß ihm die Arrogation nicht vortheilhaft sei [180]); ee) wenn Jemand einen verschwenderischen emancipirten Sohn und von diesem Sohne Enkel hat, welche in der Gewalt ihres Vaters sich befinden, so kann er die Enkel unter der Bedingung, daß der Vater sie emancipire, zu Erben einsetzen [181]). Man darf nicht weiter gehen und diese Fälle nicht blos als einzelne Beispiele betrachten und nicht den Grundsatz aufstellen, daß auch noch aus anderen erheblichen Gründen nach richterlichem Ermessen ein Zwang zur Emancipation stattfinde [182]). Es giebt b) Fälle, in welchen Kinder gegen ihren Willen emancipirt werden können. Dahin gehört: aa) wer ein fremdes Kind adoptirt hat, kann, wenn dasselbe mündig ist, dasselbe nach Gefallen emancipiren [183]); bb) wenn sich die Kinder undankbar und pflichtwidrig gegen die Eltern betragen, so daß sie die Enterbung verdienen, läßt sich nach Analogie dessen, was bei dem arrogirten Unmündigen hinsichtlich der Emancipation gilt [184]), ebenfalls die Zulässigkeit einer Emancipation wider des Kindes Willen annehmen, da Justinian von solchen Kindern sagt: eos, causa cognita, emancipatione dignos esse [185]). — Umgekehrt können Emancipirte auch in die väterliche Gewalt wider ihren Willen zurückgezogen werden, wenn sie sich gröblich gegen den Vater vergehen [186]). — Bei der Emancipation gilt für den Vater etwas Eigenthümliches in Bezug auf die Adventitien der Kinder; während nämlich durch die Auflösung der Gewalt sein bisheriges Recht, der gesetzliche Nießbrauch, daran eigentlich völlig erlöschen sollte, wird ihm, gewissermaßen zur Belohnung seiner Uneigennützigkeit, wenn er es durch die Emancipation freiwillig aufgiebt, dasselbe ganz in der bisherigen Weise an der Hälfte der Adventitien auf seine Lebenszeit erhalten (praemium emancipationis) [187]). — Die Verstoßung der Kinder von Seiten des

---

180) L. 32. 33. D. 1. 7.

181) L. 16. §. 2. 3. D. 25. 10. Die Worte: sed per omnia iudicium testatoris sequendum est, verstehen Manche nicht vom Zwange zum Emancipiren, sondern nur davon, daß der Magistrat hier stets die Prodigalitätserklärung über den Sohn aussprechen müsse, z. B. Glück, Erl. der Pand. Bd. 33, S. 151 flg. Marezoll, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. V, S. 435 flg. Rudorff, Recht der Vormundschaft Bd. 1, S. 315. Es ist dies aber eine gewiß willkürliche Beschränkung allgemeiner Gesetzesworte und wird mit Recht von den Meisten verworfen. Siehe Vangerow a. a. O. S. 402 flg. und die von ihm Angeführten.

182) Wie Mühlenbruch Forts. von Glück Bd. 37, S. 419 flg. thut.

183) Es ist dies die herrschende Lehre, welche auf L. 132. pr. D. 45. 1. gestützt wird, aber an Buchholtz, Abhandl. Nr. 17, einen Gegner gefunden hat. Sollte sich diese Stelle auch möglicherweise anders erklären lassen, so führt doch die natürlichste Auslegung zu der gemeinen Ansicht und ganz entscheidend ist L. 10. pr. C. de adopt. (VIII. 47. (48.)). Auch ließe sich kaum ohne dieses erklären, warum Justinian die adoptio minus plena eingeführt hätte.

184) §. 3. Inst. I. 11.

185) Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 417.

186) L. un. C. de ingratis liberis (VIII. 49. (50.)).

187) L. 6. C. VI. 61. Vgl. den Artikel Peculien Bd. VII, S. 878.

Vaters oder Lossagung (abdicatio, ἀποκήρυξις) ist ein den Griechen bekannter Grund der Aufhebung der väterlichen Gewalt, welcher aber im römischen Rechte nach einem Rescripte Diocletian's und Maximian's[188]) nicht anerkannt war[189]). Es kommen zwar auch bei den Römern Beispiele vor, daß Väter ihre ungerathenen Söhne von sich entfernt und aus ihrem Hause verstoßen haben[190]). Eine solche Verstoßung war aber weiter nichts, als ein in der väterlichen Gewalt und in der häuslichen Gerichtsbarkeit begründetes Zucht- und Besserungsmittel, ohne von besonderen rechtlichen Wirkungen begleitet zu sein, namentlich war sie kein Grund der Aufhebung der väterlichen Gewalt. Ob es nun gleich nicht an Juristen fehlt, welche heutzutage einer solchen Handlung rechtliche Wirkungen beilegen wollen[191]), namentlich des Verlustes des Rechtes der Kinder auf Alimente, wenigstens auf mehr als die nothdürftigen Alimente, sowie des Verlustes der väterlichen Gewalt und aller daraus abfließenden Rechte auf Seiten des Vaters, nicht aber des Erbrechtes, darum aber auch die Verstoßung nicht allein vom Willen des Vaters, sondern vom Urtheil der Obrigkeit abhängig machen, so steht dem entgegen, daß auch in unserem teutschen Rechte die Verstoßung als eine mit rechtlichen Wirkungen begleitete Handlung nicht anerkannt ist[192]). — Noch hat man als einen Grund der Aufhebung der väterlichen Gewalt schon nach römischem Rechte die Verjährung hingestellt[193]). Die hierauf bezogenen römischen Stellen[194]) reden von dem Falle, wenn ein Kind sich lange Zeit als selbstständig und unabhängig von der väterlichen Gewalt gerirt hatte, und wollen den Vater solchenfalls mit der Präjudicialklage de patria potestate nicht mehr gehört wissen. Es ist hier aber nicht die Rede von einer Erlöschung der väterlichen Gewalt durch Verjährung, sondern vielmehr von der Beweislast bei dem Processe wegen der väterlichen Gewalt. Tritt der Vater als Kläger auf, so hat er die Entstehung der väterlichen Gewalt zu beweisen; ist diese nicht zu leugnen, so muß das Kind die Auflösung der Gewalt erweisen; es soll aber demselben hier schon der Umstand zu Statten kommen, daß der Vater es lange Zeit über selbstständig hat leben und handeln lassen[195]).

E. Rechtsmittel, welche in Bezug auf die väterliche Gewalt dem Vater oder dem Kinde zustehen[195a]). 1) Dem

---

188) L. 6. C. de patria potest. (VIII. 46. (47.)).

189) Vgl. darüber Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 418 flg.

190) Sueton. Octav. cap. 65. Plin. Hist. nat. Lib. VII. cap. 45. Valer. Max. Lib. V. cap. 8. n. 3. 4. Vgl. auch Brisson. de Verbor. Signific. s. v. Abdicare.

191) Z. B. Glück a. a. O. S. 427 flg.

192) Vgl. Sintenis a. a. O. §. 143, N. 21, Bd. 3, S. 181.

193) Z. B. Glück a. a. O. Bd. 2, S. 396.

194) L. 25. pr. D. 1. 7. L. 1. C. de patria potest. (VIII. 46. (47.))

195) Sintenis a. a. O. §. 140, Bd. 3, S. 130.

195a) Vgl. Sintenis, Civilrecht §. 140, Bd. 3, S. 129 flg.

Vater steht a) wider Dritte eine Vindication nach Analogie der rei vindicatio, das interdictum de liberis exhibendis, das interdictum de ducendis liberis und überhaupt extraordinaria cognitio zu[196]). b) Die Interdicte stehen ihm auch gegen die Mutter des Kindes zu[197]). c) Gegen denjenigen, welcher als der väterlichen Gewalt unterworfen in Anspruch genommen wird, ist ein praeiudicium oder eine extraordinaria cognitio als statthaft anzunehmen[198]); die Neueren nennen diese Klage actio de patria potestate affirmativa. Die processualischen historischen Verschiedenheiten, welche durch die römischen Bezeichnungen angedeutet werden, sind völlig verschwunden. Im heutigen Rechte erscheint die Sache für alle drei Fälle in der einfachen Gestalt eines klagbaren Rechtes (doch wird über die Zulässigkeit der Vindication gestritten), dessen Grund nach allgemeinen Regeln erörtert und entschieden wird, während sein Inhalt überall derselbe und wobei nicht zu übersehen ist, daß häufig polizeiliche Hilfe die förmliche Klaganstellung ersetzt. Hiernach erledigen sich auch die besonderen Bestimmungen des Digestentitels de liberis exhibendis, z. B. daß das Interdict nicht gegen den als Kind in Anspruch Genommenen selbst statthaft sei u. s. w. Ferner sind die Vorschriften desselben Titels über einstweilige Aufbewahrung dieser Personen, wenn sie Frauen oder unreife Kinder sind, als veraltet zu betrachten, obwohl dem Richter provisorische Maßregeln zu diesem Zwecke, wie überhaupt, anzuordnen ohne Bedenken freisteht. Dagegen ist in der Bestimmung, daß bei unmündigen Kindern nach den Umständen nach richterlichem Ermessen der Proceß bis zum Eintritte der Pubertät zu verschieben oder sofort zu verhandeln sei[199]), ein allgemeiner Grundsatz zu finden, und es ist dies anzunehmen umsoweniger bedenklich, als das Interesse des Kindes offenbar noch stärker betheiligt ist, wenn mit ihm selbst, als wenn mit einem Anderen über dasselbe gestritten wird[200]). Mit dem Obsiege tritt auch nothwendig eine Umwandelung der bisherigen, namentlich auch der vermögensrechtlichen Verhältnisse ein; es ist daher unbedenklich, daß, insofern die Klage auf Anerkennung der väterlichen Gewalt gegen einen Dritten durchgesetzt wird, der von diesem unterdessen gezogene Erwerb durch den filiusfamilias Gegenstand der Herausgabe und des Ersatzes werde. 2) Dem Kinde steht umgekehrt gegen denjenigen, welcher sich die väterliche Gewalt über dasselbe beilegt,

---

196) L. 1. §. 2. D. 6. 1. (und dazu Sintenis, Erläut. processual. Lehren Bd. 1, S. 232). L. 1. pr. L. 3. pr. §. 3. D. 43. 30. Von den Interdicten ist das erste präparatorisch für das zweite und das zweite prohibitorisch. L. 1. §. 1. D. 43. 30. Ueber das interdictum de liberis ducendis vergl. den Artikel Interdicte Bd. V, S. 556 flg.; über das interdictum de liberis exhibendis denselben Artikel S. 557 flg.

197) L. 1. §. 3. D. 43. 30.

198) L. 1. §. 2. D. 6. 1. Vgl. auch L. 3. §. 3. D. 43. 30.

199) L. 3. §. 4. D. 43. 30.

200) Vgl. überhaupt Strippelmann, neue Samml. der Entscheidungen des OAGerichtes zu Kassel Bd. 4, S. 95 flg.

deren Zuständigkeit das Kind aber bestreitet, eine Klage auf Anerkennung seiner Selbstständigkeit zu, welche bei den Neueren actio de patria potestate negativa genannt wird. — Das Verfahren und die besonders auch hier wichtige Frage von der Beweislast richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Der Vater als Kläger hat hiernach die Entstehung der väterlichen Gewalt zu beweisen; ist diese nicht in Abrede zu stellen, so muß das Kind deren Auflösung erweisen; es kommt ihm aber zu diesem Behufe schon zu Statten, wenn der Vater das Kind geraume Zeit hindurch selbstständig hat leben und handeln lassen [201]). Ist das Kind Kläger, so kommt es darauf an, ob dasselbe verneint, daß der Andere sein Vater sei oder nur, daß ihm die väterliche Gewalt noch zustehe. Da letztere allemal mit der Geburt entsteht, so gehört im zweiten Falle die Behauptung ihrer Aufhebung zum Klaggrunde; im ersten Falle aber fällt der Verneinung der Vaterschaft von Seiten des angeblichen Kindes gegenüber demjenigen, welcher Vater zu sein behauptet, der Beweis der Entstehung der väterlichen Gewalt anheim. Es verhält sich hier ähnlich wie bei der Negatorienklage; indessen bedarf es dieser Analogie nicht einmal, da der Beweis der Negative dem Kinde umsoweniger sich anfinnen läßt, als hier die Annahme eines Besitzstandes für den Vater ganz unzulässig ist. Ist übrigens das Kind, um dessen Selbstständigkeit es sich handelt, noch unmündig, so soll, wenn demselben durch die vorzeitige Entscheidung der geringste Nachtheil droht, die Verhandlung des Rechtsstreites bis zur Erreichung der Pubertät ausgesetzt und nach Befinden der Umstände und unter Erwägung der beiderseitigen Persönlichkeiten über seinen einstweiligen Aufenthalt von der Obrigkeit nähere Bestimmung getroffen werden [202]).

II. Aelteres teutsches Recht [203]). Nach teutschem Rechte ist der Vater Vormund und zwar der nächste Vormund seiner unmündigen Kinder, wie sich aus Stellen der Volksrechte und der Rechtsbücher des Mittelalters ergiebt [204]). Die meisten dieser Stellen sprechen von einer Vormundschaft des Vaters nach der Mutter Tode und die übrigen enthalten wenigstens nicht das Gegentheil. Man könnte daher hieraus schließen wollen, daß das ältere Recht, so lange beide Eltern lebten, dem Vater noch keine Vormundschaft über seine Kinder beigelegt habe. Dafür ist aber nicht nur kein Grund vorhanden, sondern es widersprechen

201) L. 25. pr. D. 1. 7. L. 1. C. de patria potest. (VIII. 46. (47.)).

202) L. 3. §. 4. D. 43. 30.

203) Vgl. besonders Kraut, Vormundschaft nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes §. 103—105, Bd. 2, S. 586—618, dem wir hauptsächlich folgen.

204) Lex Visigoth. IV. 2. 13. LL. Rothar. cap. 195. 196. Sächs. Landr. Bd. 1, Art. 11. Goslar. Statuten S. 19, Z. 21. Rechtsb. nach Distinct. I, 15, 8. Schwabensp. 48, Z. 2 flg. Auch mehrere von Kraut angeführte Statuten enthalten dasselbe. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut a. a. O. S. 587, Note 1.

diesem auch andere Stellen ganz deutlich[205]). Dazu kommt, daß auch noch das sächsische Recht, welches den Charakter des altteutschen Rechtes am treuesten bewahrt, ungeachtet die dem Vater gegen die Kinder vorzugsweise zustehenden Rechte mit dem Namen der väterlichen Gewalt belegt werden, doch den Vater als natürlichen Vormund der Kinder betrachtet, worüber später das Nähere vorkommen wird. Es können aber nicht alle Befugnisse, welche dem Vater nach teutschem Rechte über seine Kinder oder an deren Vermögen zustehen, aus seiner Vormundschaft über sie abgeleitet werden. Dies ergiebt sich, abgesehen von anderen Gründen, schon daraus, daß dem Vater auch nach Beendigung seiner Vormundschaft noch mehrere Rechte über die Kinder bleiben, sowie daraus, daß manche Rechte, welche er über die Kinder hat, auch der Mutter da zustehen, wo dieser entschieden keine Vormundschaft über die Kinder beigelegt werden kann. Zur Erkenntniß der aus der Vormundschaft des Vaters über die Kinder entspringenden Rechte muß zuvörderst festgestellt werden, welche Rechte mit Beendigung seiner Vormundschaft aufhören, und zu diesem Zwecke bedarf es wieder der Feststellung der Beendigungsarten der väterlichen Vormundschaft. Ehe aber von der Beendigung eines Rechtsverhältnisses die Rede sein kann, muß zuvor von der Entstehung desselben gehandelt werden.

A. **Entstehung und Beendigung der väterlichen Vormundschaft.** Die väterliche Vormundschaft wird im älteren teutschen Rechte allein durch die eheliche Abstammung der Kinder vom Vater begründet. So lange die strengen Grundsätze des älteren Rechtes vom Brautkaufe noch bestanden, mußte hierbei allerdings immer vorausgesetzt werden, daß der Ehemann die Vormundschaft über seine Ehefrau besonders erworben hatte. Denn sonst kamen die Kinder immer unter die Vormundschaft desjenigen, welchem die Vormundschaft über ihre Mutter zustand[206]). Seitdem aber das Princip aufgekommen war, daß der Ehemann immer schon durch die Eingehung der Ehe Vormund seiner Ehefrau werde[207]), fielen die in der Ehe erzeugten Kinder jedesmal unter die Vormundschaft ihres Vaters. Da uneheliche Kinder nach dem älteren Rechte immer rechtlos waren und Rechtlose keinen Vormund haben konnten[208]), so konnte hiernach schon der Vater nicht Vormund seiner unehelichen Kinder sein. Aber nicht blos das außer der Ehe geborene Kind, sondern auch das vor der Ehe empfangene, wenngleich erst nach Eingehung der Ehe geborene Kind ist rechtlos[209]); es fällt daher auch dieses nicht unter die Vormundschaft seines Vaters. Hiernach konnten noch viel weniger schon vor der Ehe geborene Kinder

205) Lex Alemann. 61. Magdeb. Schöffenspr. I, 8, 4. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut Bd. 1, S. 291. Bd. 2, S. 387, N. 2.
206) Vgl. Kraut a. a. O. Bd. 1, S. 291.
207) Vgl. Kraut a. a. O. Bd. 1, S. 175 flg.
208) Siehe Kraut a. a. O. Bd. 1, S. 51.
209) Sächs. Landr. B. 1, Art. 36, §. 1. Schwabensp. Cap. 37.

dadurch, daß ihre Eltern später sich heuratheten, unter die Vormundschaft ihres Vaters kommen. Eine Legitimation durch Rescript kannte das ältere teutsche Recht ebenfalls nicht, und diese konnte natürlich auch kein Grund sein, einem Manne die Vormundschaft über seine unehelichen Kinder zu verschaffen. Als sie später in Teutschland aufkam, hatte sie anfangs nur die Wirkung der Aufhebung der Rechtlosigkeit der Kinder. Die Rechtlosigkeit konnte also bei den auf diese Weise legitimirten unehelichen Kindern kein Grund mehr sein, dem Vater die Vormundschaft über sie zu versagen. So lange ihnen aber diese Art der Legitimation nicht das Familienrecht ihres Vaters ertheilte, konnte schon deshalb der Vater durch dieselbe nicht die Vormundschaft über sie erlangen. — Was die Beendigungsarten der väterlichen Vormundschaft betrifft, so erlischt dieselbe selbstverständlich sowohl durch den Tod des Vaters, als durch den des Kindes, wenngleich natürlich das unmündige Kind nach dem Tode des Vaters unter die sonst gewöhnliche Vormundschaft kommt. Dem Tode des Vaters steht in dieser Beziehung dessen aus irgend einem Grunde eintretende Unfähigkeit zur Führung einer Vormundschaft gleich, z. B. wenn er rechtlos wird, in Wahnsinn verfällt, in den geistlichen Stand tritt, in ein Kloster geht u. s. w. Es ist nur die Frage zu beantworten, auf welche Weise bei Lebzeiten des Vaters dessen Vormundschaft über die Kinder beendigt wird, ohne daß der Grund in seiner Unfähigkeit zur Vormundschaft liegt. Hier ist nun zuvörderst unbestritten, daß dem älteren teutschen Rechte eine Emancipation im römischen Sinne oder eine dieser ähnliche Aufhebungsart der väterlichen Vormundschaft unbekannt ist. Ebenso gewiß ist es, daß durch Verheurathung der Töchter die väterliche Vormundschaft von der Zeit an immer aufhörte, wo sie durch dieselbe ohne Weiteres unter die Vormundschaft ihres Ehemannes kamen, weil sich mit dieser die Fortdauer der väterlichen Vormundschaft über die Tochter nicht vertrug. So lange aber noch das ältere Princip galt, daß der Ehemann nur dann die Vormundschaft über seine Ehefrau erhielt, wenn er sie den Verwandten derselben abgekauft hatte[210]), so endigte sich die Vormundschaft des Vaters über die Tochter durch deren Verehelichung nur dann, wenn er sie infolge des Brautkaufes an den Ehemann abgetreten hatte. Ebenso mußte ohne Zweifel bei beiden Geschlechtern die väterliche Vormundschaft durch den Eintritt des Kindes in ein Kloster sich endigen, da es hierdurch ebenfalls einer neuen Vormundschaft unterworfen wird, mit welcher die Fortdauer der väterlichen sich nicht verträgt. Auf der anderen Seite ist es ebensowenig zweifelhaft, daß die väterliche Vormundschaft über eine unverehelichte Tochter überall, wo Geschlechtsvormundschaft gilt, auch nach erreichter Volljährigkeit derselben fortdauert, da sie hierdurch nicht fähig wird, ihr eigener Vormund zu sein. Dagegen ist es bestritten, ob bei den Söhnen durch die Volljährigkeit ohne Weiteres die

210) Vgl. Kraut a. a. O. Bd. 1, §. 20, S. 171 flg.

väterliche Vormundschaft über sie aufhört, oder ob nicht vielmehr bei ihnen die Beendigung derselben an die Absonderung vom Vater geknüpft ist. Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es zuvörderst der Feststellung der eigentlichen Bedeutung der Absonderung. Den Ausdruck Absonderung nehmen hierbei nicht alle in gleichem Sinne; vielmehr verstehen Einige darunter die Abtheilung oder Abschichtung der Kinder, Andere den Austritt der Kinder aus dem elterlichen Hause in der Absicht, sich selbstständig zu ernähren[211]). Es ist daher festzustellen, ob die Absonderung in dem einen oder dem anderen Sinne oder in beiden zugleich als Beendigungsart der väterlichen Vormundschaft zu betrachten sei. Abtheilung oder Abschichtung der Kinder bezeichnet jedes Votausgeben von Theilen des väterlichen oder mütterlichen Vermögens an dieselben in der Absicht, ihre dereinstige Erbberechtigung auf den Nachlaß des Abschichtenden zu vermindern. Sie kann entweder in Bezug auf alle Kinder auf einmal oder nur für das eine oder das andere Kind allein geschehen[212]). Gewöhnlich ist sie mit der Absonderung des Kindes von Kost und Brote des Vaters verbunden[213]) und diese wieder mit der Absonderung des Kindes im zweiten Sinne, d. h. mit dem Austritte desselben aus dem elterlichen Hause verknüpft. Es steht aber alles dieses in keiner nothwendigen Verbindung miteinander. Denn nach dem Sachsenspiegel kann der Vater sein Kind von sich absondern und es doch in der Kost behalten[214]), und nur, wo eins der Eltern nach dem Tode des anderen mit den Kindern bis zur Abtheilung in gemeinschaftlichen Gütern gelebt hat, ist mit der Abtheilung auch die Sonderung von Kost und Brot immer in der Art nothwendig verbunden, daß der abtheilende Adscendent, wenn er die Kinder noch ferner unterhält, den Ersatz der dafür aufgewendeten Kosten aus deren Vermögen verlangen kann[215]). In diesem Falle sind also die Kinder nicht nur von dem Adscendenten abgetheilt, sondern auch von dessen Kost und Brote gesondert, bleiben aber doch im elterlichen Hause. Dies scheint damit im Widerspruche zu stehen, daß in vielen Rechtsquellen die abgetheilten Kinder immer den-

---

211) Auch schon im Sachsenspiegel wird, wenn in demselben von einem sich sondern des Sohnes von Seiten des Vaters die Rede ist, darunter eine Absonderung bald in dem ersten Sinne, z. B. sächs. Landr. B. 1, Art. 13, §. 1. B. 2, Art. 19, §. 1, bald in dem letzten verstanden, z. B. sächs. Landr. B. 2, Art. 17, §. 2. In anderen Stellen wird von einem in dem ersten Sinne abgesonderten Sohne deutlicher gesagt, er sei „unbetheilt von dem Erbe" (B. 1, Art. 5, §. 1), er sei von seinem Vater „ungeschieden von dem Gute" (B. 1, Art. 10).

212) Sydow, Darst. des Erbrechtes nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels §. 22.

213) Daher der häufige Gebrauch der Ausdrücke, ein abgesondertes Kind und ein Kind, welches im Brote des Vaters ist, in ganz gleicher Bedeutung, z. B. sächs. Landr. B. 2, Art. 17, §. 2. Magdeb. Recht von 1304 Art. 49.

214) Sächs. Landr. B. 1, Art. 13, §. 1.

215) Goslar. Stat. S. 15, Z. 22—24. Constit. de tutor. der Stadt Hörter von 1376 bei Wigand, Westphäl. Archiv I. 3, S. 38. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 593, N. 8.

jenigen, welche in der Were geblieben sind, entgegengesetzt werden[216]), und dieser Ausdruck hier, wie auch sonst in der Bedeutung von Haus und Hof gebraucht zu sein scheint. Wenn dies auch in den meisten Fällen richtig ist, so ergeben doch andere Stellen, daß Were hier zunächst den Besitz bezeichnet, insbesondre den gemeinschaftlichen Besitz, die Gesammtgewere, daher statt der Redensart „in der Were" die andere „im Samende" aufkam[217]). Der meistens stattfindende Gebrauch der Redensarten „abgetheilt werden" und „aus dem elterlichen Hause scheiden" als gleichbedeutend erklärt sich nicht nur aus dem mit der Abtheilung häufig verbundenen Austritte aus dem elterlichen Hause, sondern besonders auch daraus, daß, wenn im Falle des Daseins mehrerer Kinder Eins oder auch ein Theil derselben abgetheilt wurde, dies regelmäßig nur geschah, wenn sie das elterliche Haus verlassen wollten oder schon verlassen hatten, und gerade von diesem Falle sprechen die meisten jener Rechtsquellen. — Nach einigen Rechten hängt die Abtheilung ganz von dem Belieben des Vaters ab[218]), nach anderen ist er in gewissen Fällen dazu verpflichtet. Diese Fälle sind aber in den verschiedenen Rechten nicht immer dieselben. Allgemein gehört dahin wohl nur der Eintritt des Vaters in ein Kloster, womit die Fortführung der Verwaltung des Vermögens, von welchem die Kinder Abtheilung fordern können, sich nicht verträgt[219]). Auch dessen Wiederverehelichung gehört meistens dahin[220]). Ferner findet nach einigen Rechten ein Zwang zur Abtheilung gegen den Vater statt, wenn er verschwenderisch ist[221]) oder wenn er die Kinder ohne deren Schuld mißhandelt[222]). In allen diesen Fällen tritt die Verbindlichkeit zur Abtheilung ein, ohne Rücksicht darauf, ob die Kinder mündig sind oder nicht. Nach manchen Rechten aber haben die Söhne, auch ohne das Dasein eines der angeführten Gründe zur Abtheilung, mit erreichter Mündigkeit immer das Recht, sie zu fordern[223]), nach einigen aber nur unter der Voraussetzung, daß der Vater im Witwerstande lebt[224]). Nicht so häufig ist das Recht der

---

216) Z. B. Lüb. Recht Cod. Hach. II. art. 204. Cod. Brock. II. 45. Hamburg. Stat. v. 1270 III, 2, 4, 17. IV, 6. Altes Lüneb. Stadtr. S. 46, Z. 12 flg. (Ausg. von Kraut) S. 47, Z. 19 flg.

217) Pauli, Abhandlungen aus dem Lüb. Rechte Th. 2, S. 158. Th. 3, S. 88 flg.

218) Namentlich scheint hierher das Recht des Sachsenspiegels zu gehören, da darin nirgends von einer Pflicht der Eltern, ihre Kinder abzusondern, die Rede ist. Sydow, Erbrecht S. 88. Andere Quellen, welche sich deutlich darüber aussprechen, führt an Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 504, N. 11.

219) S. Berck, Brem. Güterrecht der Ehegatten S. 340.

220) Z. B. Lüb. Recht Cod. Hach. II. 191.

221) Brem. Stat. v. 1428 II, 11. Brem. Stadtb. v. 1303 Stück 4. Stat. v. 1433 Stück 8. S. Pauli, Abhandl. Th. 2, S. 177.

222) Kl. Kaiserr. 2, 5. Ausg. von Endemann.

223) Lex Visigoth. IV. 2. 13. IV. 3. 3. Schwabensp. 53 und 159.

224) Lüb. Recht Cod. Hach. II. 20. Brem. Stat. v. 1303. Stat. v. 1428 II, 7 u. v. 1433 Stat. 7.

Töchter, im Falle der Verheurathung Abtheilung zu verlangen[225]), und noch seltener ein solches Recht derselben im Falle erreichter Volljährigkeit[226]). Aber auch da, wo der Vater in gewissen Fällen zur Abtheilung mit den Kindern gezwungen werden konnte, durfte er gewiß, auch ohne daß ein solcher Fall vorlag, eine solche Abtheilung vornehmen, die Kinder mochten mündig sein oder nicht. — Was die Frage betrifft, ob die Abtheilung des Vaters mit den Kindern zu den Beendigungsarten der väterlichen Vormundschaft gehöre oder m. a. W. ob die Beendigung der Vormundschaft immer nothwendig mit der Abtheilung verbunden sei, so kann bei deren Beantwortung zuvörderst darüber kein Zweifel sein, daß die Beendigung der väterlichen Vormundschaft nicht nothwendig von der Abtheilung in der Art abhängt, daß das Kind vor geschehener Abtheilung immer unter der Vormundschaft des Vaters stände. Denn unzweifelhaft kann über einen Sohn, welcher nach erreichter Mündigkeit einen besonderen Haushalt anlegt oder über eine sich verheurathende Tochter die väterliche Vormundschaft nicht fortdauern, sollte auch von Seiten des Vaters keine Abtheilung mit ihnen stattgefunden haben. Die Frage kann daher nur sein, erstens, ob durch die Abtheilung volljähriger Kinder immer, wenn sie auch nicht zugleich das väterliche Haus verlassen, die Vormundschaft des Vaters beendigt wird, und zweitens, ob die auch schon vor der Volljährigkeit der Kinder vom Vater vorgenommene Abtheilung dieselbe Wirkung habe. Anlangend die erste Frage, so wurde da, wo Geschlechtsvormundschaft galt, durch die Abtheilung volljähriger Töchter, welche nicht zugleich heuratheten, des Vaters Vormundschaft über sie nicht beendigt, da sie immer noch einen Vormund nöthig hatten und der Vater der nächste Vormund der Tochter war. Wo hingegen keine Geschlechtsvormundschaft galt, verhielt sich die Sache bei Töchtern ebenso wie bei Söhnen. Müßte die Frage bei Söhnen bejaht werden, so wäre dabei nothwendig vorauszusetzen, daß auch der volljährige Sohn der väterlichen Vormundschaft noch so lange unterworfen blieb, bis er entweder das väterliche Haus verließ oder der Vater ihn von sich abtheilte. Allein diese Voraussetzung ist nicht richtig. Denn der Grundsatz, daß nur solche Personen männlichen Geschlechtes, welche entweder ein bestimmtes Alter noch nicht erreicht haben oder über ein solches schon hinausgekommen sind, einen Vormund haben können[227]), ist in den teutschen Rechtsquellen so allgemein ausgesprochen und ebenso treten nach denselben die Wirkungen der Mündigkeit so unbedingt mit einem bestimmten Alter ein, daß sich eine Ausnahme der Söhne, welche von ihrem Vater noch nicht abgetheilt sind, nicht annehmen läßt. Auch lassen einige Rechtsquellen die

225) Sie haben dieses Recht der Mutter gegenüber, wenn diese im Witwenstande lebt, nach den Brem. Stat. v. 1428 II, 8, womit die Stat. v. 1303 und v. 1433 a. a. O. übereinstimmen.

226) Z. B. Alt. Mühlhaus. Rechtsb. bei Förstemann S. 20.

227) Vgl. Kraut a. a. O. Bd. 1, S. 19.

Vormundschaft des Vaters ausdrücklich nur bis zu einem gewissen Alter der Kinder dauern [228]). Die erste Frage ist daher zu verneinen. Die andere Frage anlangend, ob durch die Abtheilung noch nicht volljähriger Kinder oder Töchter vor ihrer Verheurathung die väterliche Vormundschaft über sie erlösche, so würde, wenn sie zu bejahen wäre, nothwendig anzunehmen sein, daß wegen der Unfähigkeit der Kinder, sich und das Vermögen, mit welchem sie abgetheilt sind, selbst zu vertreten, die Söhne bis zur Mündigkeit, die Töchter bis zu ihrer Verehelichung einen anderen Vormund haben müßten. Einige Rechtsquellen bestätigen diese Annahme [229]). In anderen Rechtsquellen aber wird ausdrücklich gesagt, daß der Vater auch nach der Abtheilung mit den Kindern deren Vormund bleibe [230]), oder es ergiebt dieses der ganze Zusammenhang [231]). Das Letztere ist wohl mit Kraut für das dem Geiste des teutschen Rechtes am meisten entsprechende und daher für das ursprüngliche Princip zu halten. Abgesehen davon, daß in der älteren Zeit, so lange die Abtheilung noch ganz von dem Willen des Vaters abhing, dieselbe wohl nur dann geschah, wenn die Söhne mündig waren und daher keinen Vormund mehr nöthig hatten oder die Töchter sich verheuratheten und dann die Vormundschaft des Ehemannes statt der väterlichen eintrat, wurde in der späteren Zeit, wo auch eine frühere Absonderung der Kinder zulässig und unter gewissen Voraussetzungen sogar nothwendig war, doch, so lange sie im väterlichen Hause blieben, das Vermögen, mit welchem sie abgesondert waren, vom Vater nicht sofort herausgegeben, sondern vorläufig zugleich mit dem seinigen verwaltet, so daß die Absonderung nur darin bestand, daß man festsetzte, was von dem in den Händen des Vaters befindlichen Vermögen eigentlich den Kindern gehörte und ihnen dieses auf irgend eine Art sicher stellte oder auch darin, daß die Kinder für den Augenblick noch gar kein eigenes Vermögen erhielten, sondern vorläufig nur eine Forderung auf eine bestimmte, ihnen demnächst als ihre Abfindung auszuzahlende Geldsumme [232]). Die Gefahr, daß der Vater das den Kindern angewiesene Vermögen verbringen möchte, war auch in der That nicht größer als bei dem ihnen von Anfang an gehörigen Vermögen, namentlich, da die Verwandten des Kindes in dieser Beziehung das Recht, ihn zu beauf-

---

228) Alt. Mühlhaus. Rechtsb. bei Förstemann S. 34. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 587, N. 2.

229) Goslar. Rechtserkenntniß bei Bruns, Beitr. S. 193, Nr. 29 a. E. und zu dessen Erklärung Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 598, N. 22. Goslar. Stat. S. 17, Z. 1—5. Sächs. Distinct. bei Pölmann I, 10, 8.

230) Alt. Lüneb. Stadtr. S. 35, Ausg. von Kraut. Const. de tutor. der Stadt Hörter v. 1376 bei Wigand, Archiv I, 3, 37 flg. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut Bd. 2, S. 599, N. 23.

231) Dies gilt vom Lübischen Rechte. Vgl. Pauli, Abhandl. Th. 2, S. 192.

232) Vgl. Pauli a. a. O. S. 193 flg., der dies durch Beispiele aus dem Lübecker Stadtbuche belegt.

sichtigen, wie über jeden anderen Vormund, hatten. Eine Ausnahme trat aber natürlich dann ein, wenn Verschwendung des Vaters die Abtheilung veranlaßt hatte, indem er in diesem Falle selbstverständlich wenigstens in Ansehung des den Kindern überwiesenen Vermögens nicht mehr Vormund derselben sein konnte. — Gehört die Abtheilung mit den Kindern hiernach nicht zu den Beendigungsarten der väterlichen Vormundschaft, so entsteht ferner die Frage, wie es in dieser Beziehung mit der Absonderung im zweiten Sinne, wo dieselbe die Anlegung eines besonderen Haushaltes bezeichnet, steht. Diese Frage zerfällt wieder in zwei andere; die erste ist, ob die väterliche Vormundschaft über die Kinder auch nach der Mündigkeit derselben so lange fortdauert, bis sie einen besonderen Haushalt anlegen; die zweite ist, ob ein Kind, wenn es vor Erreichung der Mündigkeit einen abgesonderten Haushalt gründet, dadurch immer aus der väterlichen Vormundschaft heraustritt. Bei Töchtern ist die Bejahung beider Fragen unzweifelhaft; denn es steht fest auf der einen Seite, daß eine Tochter, so lange sie sich nicht verehelicht und ihr Vater lebt, unter dessen Vormundschaft bleibt, und auf der anderen Seite, daß eine vor Erlangung der Mündigkeit heurathende Tochter durch die Verehelichung immer aus der väterlichen Vormundschaft heraustritt, und in die Vormundschaft ihres Ehemannes übergeht. Bei den Söhnen hingegen ist die erste Frage aus denselben Gründen zu verneinen, aus welchen nach dem früher Bemerkten ihre Volljährigkeit immer die Beendigung der väterlichen Vormundschaft zur Folge hat, ohne daß es des Hinzutretens der Abtheilung mit dem Vater bedarf. Es ist daher nur noch die andere Frage zu beantworten, ob, wenn die Söhne schon vor Erreichung der Mündigkeit einen besonderen Haushalt gründen, dadurch die väterliche Vormundschaft aufhöre. Diese Frage ist mit Kraut ebenfalls zu verneinen. Wollte man das Gegentheil annehmen, so wäre das Schweigen der teutschen Rechtsquellen von dieser Beendigungsart der väterlichen Vormundschaft, welche doch unter jener Voraussetzung häufig genug vorgekommen sein müßte, ebenso unbegreiflich, wie daß sie die Wirkungen der Mündigkeit so unbedingt von der Erreichung eines gewissen Alters abhängig machen, ohne auch nur eine Andeutung zu enthalten, woraus auf das Vorkommen einer so gewöhnlichen Ausnahme geschlossen werden könnte.

B. Wirkungen der väterlichen Vormundschaft. Was zunächst die Wirkungen der väterlichen Vormundschaft 1) in Bezug auf die Person der Kinder betrifft, so gehört dahin: a) das Recht des Vaters, das Kind zu tödten, so lange es noch keine Nahrung erhalten hat, ein Recht, welches ihm aber wohl nur in der ältesten Zeit und vielleicht nur bei den Friesen beigelegt wurde[233]; 2) das Recht des Vaters, wenn er sich in Noth befindet, das Kind in die Unfreiheit zu verkau-

233) Die bei Kraut a. a. O. Bd. 1, S. 45 abgedruckten Belege beziehen sich nur auf die Friesen.

fen[234]). Daß auch andere Vormünder diese Rechte gehabt hätten, wird nirgends gesagt. Dagegen kommen selbstverständlich die jedem anderen Vormunde zustehenden Rechte auch dem Vater zu, namentlich das Recht, sich des Kindes zu unterwinden[235]; ferner das Recht, das Kind zu züchtigen, welches früher soweit ging, daß der Vater wegen gewisser Vergehen es ungestraft tödten durfte[236]). Weiter gehört dahin das Recht, die Vormundschaft an Andere abzutreten, was sich aber bei dem Vater insofern wirksamer zeigt, als bei anderen Vormündern, als er die Kinder früher auch wider ihren Willen in ein Kloster geben[237]) und sie noch zu einer Zeit ohne ihre Einwilligung verheurathen durfte, wo dies anderen Vormündern nicht mehr zustand[238]). Später war aber auch der Vater in beiden Fällen an die Zustimmung der Kinder gebunden, und sein Recht über sie war nur noch insoweit wirksam, daß er das ohne seine Erlaubniß in ein Kloster gegangene Kind aus demselben wieder zurückfordern durfte und daß das ohne seine Zustimmung sich verheurathende Kind dadurch sein Erbrecht an dem väterlichen Vermögen verlor[239]). Auch darin stand der Vater nur jedem anderen Vormunde gleich, daß, so lange der alte Brautkauf noch bestand, wenn Jemand seine Tochter geheurathet hatte, ohne ihm die Vormundschaft über dieselbe abgekauft zu haben, die von der Tochter geborenen Kinder nicht unter die Vormundschaft ihres Vaters, sondern unter die seinige kamen[240]). Dies änderte sich, nachdem der Brautkauf in seiner alten Bedeutung abgekommen war. Endlich hat auch der Vater, wie jeder andere Vormund, das Recht zur Vertretung des Kindes in activer und passiver Beziehung und zur Beitreibung der durch Vergehen gegen dasselbe oder durch Verletzung seiner Vormundschaft über dasselbe verwirkten Composition[241]). — Es fragt sich weiter, welche Wirkungen die väterliche Vormundschaft 2) auf das **Vermögen der Kinder** äußere, da die Kinder nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes, auch so lange sie unter der Vormundschaft des Vaters stehen, eigenes Vermögen haben können. Bei Beantwortung dieser Frage muß man vor Allem die Rechte, welche dem Vater aus anderen Gründen als vermöge seiner Vormundschaft an dem Vermögen der Kinder zukommen, ausscheiden. Dahin gehören alle diejenigen, welche er an dem Vermögen der Kinder immer so lange hat, als sich diese in seinem Hause befinden, ohne Unter-

---

234) Capit. Caroli Calvi Tit. 36. c. 34. a. 864. Vgl. ferner die von **Kraut** a. a. O. Bd. 1, S. 46, N. 21. S. 297 flg. angeführten Stellen der Rechtsquellen.

235) Vgl. darüber **Kraut** a. a. O. Bd. 1, S. 288 flg. Das Nähere wird in dem Artikel **Vormundschaft** vorkommen.

236) Vgl. **Kraut** a. a. O. Bd. 1, S. 292 flg.

237) Can. 2—4. 6. caus. XX. qu. 1.

238) Vgl. **Kraut** a. a. O. Bd. 1, S. 328.

239) S. **Kraut** a. a. O. Bd. 1, S. 320—322.

240) S. **Kraut** a. a. O. Bd. 1, S. 291 flg.

241) Vgl. **Kraut** a. a. O. Bd. 1, S. 329—390.

schied zwischen deren Minderjährigkeit oder Volljährigkeit, sowie auch diejenigen Rechte, welche dem Vater, ohne Rücksicht darauf, ob die Kinder noch bei ihm im Hause wohnen oder nicht, immer bis zur Abtheilung mit denselben, aber auch nur bis zur Abtheilung, in vermögensrechtlicher Hinsicht zustehen. Alle diese Rechte sind nämlich nicht durch die Vormundschaft über die Kinder bedingt und können daher auch nicht Folgen derselben sein. Ebenso liegt es in der Natur der Sache, daß, wo die Mutter nicht Vormünderin über ihre Kinder ist, die von ihr nach dem Tode ihres Ehemannes an dem Vermögen der Kinder ausgeübten Rechte keine vormundschaftlichen Rechte sein können. Nach dem früher Bemerkten ist überall, wo das Vermögen der Ehe nach Beendigung der Ehe insofern als ein Gesammtgut betrachtet wird, als der überlebende Adscendent es bis zur Abtheilung mit den Kindern als ein ungetrenntes Ganze zu verwalten hat, in welchem sich ein bestimmtes Vermögen der Kinder noch nicht unterscheiden läßt, sondern ihre Ansprüche daran erst durch die Abtheilung in ein solches übergehen, die Verwaltung des Gesammtgutes durch den überlebenden Adscendenten und deren Dauer nicht durch dessen Vormundschaft über die Kinder bedingt. Daraus folgt, daß, wenn von Wirkungen der Vormundschaft des Vaters auf das Vermögen der Kinder die Rede ist, dabei nur an das privative Vermögen derselben zu denken ist. Zuvörderst hat unzweifelhaft der Vater dieses privative Vermögen der Kinder zu verwalten und zu benutzen. Wo dieses Recht nur so lange dauert, als die Kinder minderjährig sind[242]), steht ihm dasselbe offenbar kraft seiner Vormundschaft zu. Hätte es in einem anderen Verhältnisse des Vaters zu den Kindern seinen Grund, so wäre unerklärlich, warum es gerade auf diese Zeit beschränkt wäre. Die Mutter, wo sie nicht Vormünderin ihrer Kinder ist, kann natürlich dieses Recht nicht haben; es muß daher, wenn eine Rechtsquelle es dem Vater allein beilegt[243]), angenommen werden, daß es ihm kraft seiner Vormundschaft über die Kinder zustehe. Einige Rechtsquellen geben aber auch ausdrücklich als Grund des Rechtes des Vaters, das Vermögen der Kinder zu verwalten, dessen Vormundschaft über dieselben an[244]). Auf der anderen Seite darf infolge des Obigen da, wo der Vater entweder dieses Recht noch über die Jahre der Minderjährigkeit hinaus hat[245]), oder es nicht blos ihm, sondern auch der Mutter beigelegt wird[246]), der Grund desselben nicht in der väterlichen Vormundschaft gesucht werden.

---

242) Goth. Stat. v. 1579 Art. 26.

243) Z. B. Magdeb. Schöffenspr. I, 8, 5. Magdeb. Recht v. 1304 Art. 134 (beide Stellen sind abgedruckt bei Kraut a. a. O. Bd. 1, S. 289). Schwabensp. Cap. 55.

244) Otterndorfer Stat. Art. IV. bei Pufendorf. Observ. iur. univ. T. II. Opp. p. 175.

245) Z. B. im Wurster Landr. Tit. 1, Art. 2, §. 1, bei Pufendorf l. c. I. p. 62.

246) Wurster Landr. ebd. §. 2.

— Nach dem Sachsenspiegel hat der Vater an den Gegenständen des unter seiner Verwaltung stehenden Vermögens der Kinder wegen seiner Vormundschaft über sie eine Gewere[247]). In dieser Gewere sind aber, ebensowie in der Gewere des Ehemannes an den Sachen der Ehefrau, nur die mit dem Besitze einer Sache verbundenen Rechte enthalten. Eigenthum und überhaupt die Rechte, deren Uebertragung nur durch gerichtliche Auflassung zulässig ist, stehen vielmehr den Kindern daran zu, ebenso wie der Ehefrau an ihren der Verwaltung des Ehemannes unterliegenden Sachen. Von einem Antheile der Kinder an jener mit dem Besitze verknüpften Gewere, wie solchen die Ehefrau hat, ist nirgends die Rede; derselbe ist auch deshalb nicht anzunehmen, weil bei diesen Gegenständen nirgends einer Gemeinschaft zwischen Vater und Kindern Erwähnung geschieht. Die ganz verschiedene Behandlung des privativen Vermögens der Kinder, welches der Vater wegen seiner Vormundschaft über sie verwaltet, von demjenigen, welches er nach dem Ableben der Mutter in Gemeinschaft mit ihnen hat, ergiebt sich daraus deutlich, daß, während er in dem letzteren mit den Kindern auf Gedeih und Verderb sitzt, und daher bei der Theilung mit ihnen nur das zur Zeit der Theilung wirklich vorhandene Vermögen in Betracht kommt, gleichviel ob und aus welchem Grunde es sich in der Zwischenzeit vermehrt oder vermindert hat[248]), er das erstere Vermögen, gleich jedem anderen Vormunde, den Kindern bei der Absonderung immer in dem Bestande, wie er es empfangen hat, zu gewähren hat, außer wenn er beweisen kann, daß es durch Unglück und ohne seine Schuld untergegangen oder abhanden gekommen sei[249]). Für die Erfüllung dieser Verpflichtung hat der Vater, wenn er sich wieder verehelicht, und auch nachher noch das Vermögen der Kinder in Händen behält, nach älteren und späteren Rechtsquellen den Verwandten der Kinder Sicherheit zu leisten[250]). Hiernach enthält die Vormundschaft des Vaters nicht das Recht, etwas vom Vermögen der Kinder zu veräußern[251]). Eine Ausnahme findet statt in den Fällen, in welchen nach altteutschem Rechte jeder Vormund eines minderjährigen Kindes Vermögen seines Mündels veräußern darf[252]). Einer dieser Fälle ist der, wenn die Veräußerung zur Erhaltung des Lebens des Kindes nothwendig ist. Befindet sich blos der Vater in Noth, ohne daß dies zugleich eine Noth des Kindes wäre, so kann er nach den allgemeinen Grundsätzen von den Rechten der nächsten Erben sein eigenes Gut, wenngleich das Kind daran das Recht der nächsten Erben haben, sollte, ohne dessen Zustimmung veräußern[253]). Von einer

247) Sächs. Lehenr. Cap. 74, §. 1.
248) Alt. Lüneburg. Stadtr. S. 50, Z. 14 flg. Ausg. von Kraut.
249) Sächs. Landr. B. 1, Art. 11.
250) Lex Wisigoth. IV. 2. 13. Alt. Lüneb. Stadtr. S. 35, Z. 19 flg.
251) Schon die Lex Wisigoth. IV. 2. 13. sagt dies ausdrücklich.
252) Vgl. über diese Fälle Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 19—23.
253) Ausdrücklich sagt dies Kl. Kaiserr. B. 2, Cap. 12.

Berechtigung des Vaters aber, in einem solchen Falle das Gut des Kindes zu veräußern, findet sich nirgends eine Spur, und es ist umsoweniger ein Grund, eine solche anzunehmen, als nirgends Jemandem im Nothfalle das Recht, fremde Sachen ohne Zustimmung des Eigenthümers zu veräußern, gestattet wird[254]). Wo aber in späteren Zeiten jeder Vormund, auch ohne daß einer jener Fälle vorliegen mußte, zur Vornahme oneroser Veräußerungen mit dem Vermögen seines Mündels berechtigt war, das dafür Empfangene aber wieder zum Nutzen des Mündels anlegen mußte, stand gewiß auch dem Vater unter gleicher Voraussetzung die Befugniß zur Veräußerung des Vermögens seiner Kinder zu. Endlich stand dem Vater ohne Zweifel ursprünglich immer ein eigentliches Nießbrauchsrecht am Vermögen der Kinder zu, so daß er während der Dauer seiner Vormundschaft die Früchte aus diesem Vermögen nicht für die Kinder, sondern für sich bezog, auf der anderen Seite aber auch die Kinder erhalten und die Kosten ihrer Erziehung bestreiten mußte. Freilich sagt dies nur Eine der älteren Rechtsquellen, welche zudem nicht einmal rein teutsches Recht enthält, ausdrücklich[255]). Allein es war ein

---

254) Daß auch das Verfangenschaftsrecht hier keine Ausnahme begründe, darüber siehe Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 610—612. Er tritt der auch im Artikel Güterrechte der Ehegatten Bd. IV, S. 941 von Brackenhöft angenommenen, von Runde, teutsches ehel. Güterrecht S. 240 und Anderen vertheidigten Ansicht entgegen, nach welcher die den Kindern verfangenen Güter dem Eigenthume nach diesen Kindern zustehen, der überlebende parens aber daran nur eine Leibzucht hat; und erklärt das den Kindern zustehende Verfangenschaftsrecht für eine bloße Anwendung des Rechtes der nächsten Erben in Beziehung auf die Veräußerung von Erbgütern, wobei immer vorausgesetzt werde, daß der Besitzer dieser Güter nicht eine bloße Leibzucht daran habe. Dies ergebe sich besonders daraus, daß die den Kindern verfangenen Güter in mehreren Rechtsquellen ausdrücklich eigene Güter des überlebenden parens genannt werden (Nordhäus. Stat. v. 1350—1456 B. 4, Art. 18. Alt. Berg. Landr. 54); ferner daraus, daß, wenn die Kinder das Eigenthum daran gehabt hätten, zur Veräußerung derselben durch den überlebenden parens außer ihrer Zustimmung auch immer die Einwilligung ihrer nächsten Erben erforderlich gewesen sein würde, während diese ausdrücklich nur dann für nothwendig erklärt wird, wenn die Kinder, weil sie noch minderjährig sind, nicht selbst einwilligen können und sie daher offenbar nicht in dem Erbrechte der Verwandten der Kinder, welches von der Minderjährigkeit oder Volljährigkeit der letzteren ganz unabhängig ist, sondern nur in dem von den Blutsverwandten eines Kindes demselben seinem Vormunde gegenüber zu ertheilenden Schutze ihren Grund haben kann. Diese Gründe sind unserem Erachten nach wichtig genug, um die erwähnte Ansicht für unrichtig, die von Kraut aufgestellte für die allein richtige zu halten. Walter, teutsches Privatrecht §. 237 nimmt eine doppelte Form des Verfangenschaftsrechtes und die von Kraut bezeichnete als die weniger anomale und daher im Zweifel zu vermuthende an. Ob auf den Grund des Geldernschen Landrechtes v. 1619, wo sich die andere Form des Verfangenschaftsrechtes, welche Kraut in Abrede stellt, findet, eine solche angenommen werden könne, muß hier dahingestellt bleiben.

255) Lex Wisigoth. IV. 2. 13. Die Verpflichtung des Vaters, während dieser Zeit die Kinder zu unterhalten und die Erziehungskosten zu bestreiten, wird ausdrücklich anerkannt in den Herford. Stat. Cap. 48 in Wigand's Archiv 2, 45.

allgemeines Princip des altteutschen Rechtes, daß ursprünglich jeder Vormund unmündiger Kinder ein Nießbrauchsrecht an dem Vermögen derselben hatte [256]); bei dem Vater sprechen noch weit mehr Gründe dafür, als bei anderen Vormündern. Dazu kommt, daß in allen älteren Rechtsquellen immer nur von der Rückgabe des Gutes, welches der Vater empfangen hat, niemals aber auch von der Rückgabe der Früchte aus demselben die Rede ist. Spätere Rechtsquellen erklären den Vater allerdings für verpflichtet, das von den Nutzungen des Vermögens der Kinder nach Bestreitung der Kosten für ihren Unterhalt und ihre Erziehung Erübrigte zu ihrem Nutzen anzulegen [257]). Wo dieses Princip galt, war der Vater ebenso wie jeder andere Vormund zur jährlichen Rechnungsablegung über seine Verwaltung verpflichtet [258]). — Die Frage anlangend, ob ein Kind, so lange es unter der Vormundschaft des Vaters steht, sich in Ansehung seiner Person und seines Vermögens verpflichten und von seinem Vermögen etwas veräußern könne, so tritt der Grundsatz ein [259]), daß ein minderjähriges Kind durch seine Handlungen, soweit diese nicht etwa in Delicten bestehen, sich weder schaden, noch verpflichten kann. Dieser Grundsatz wird nicht nur in allen hierher gehörigen Stellen der Rechtsquellen als ein ganz allgemeiner, für alle minderjährigen Kinder geltender ausgesprochen, sondern in einigen derselben ausdrücklich auch auf Kinder, welche unter der Vormundschaft des Vaters stehen, angewendet. Aus denselben Gründen gilt für diese auch der andere Theil jenes Grundsatzes, daß selbst wenn der Vater seine Einwilligung zu der Handlung des Kindes gegeben hat, dieses dennoch nach erreichter Volljährigkeit diese Handlung binnen Jahr und Tag widerrufen darf. Hat aber der Vater in die vom Kinde contrahirte Schuld oder in die von diesem vorgenommene Veräußerung eingewilligt, so muß er nach allgemeinen Grundsätzen beide anerkennen, während er, im Falle nicht ertheilter Einwilligung, an die vom Kinde contrahirte Schuld nicht gebunden ist [260]) und das von diesem Weggegebene zurückfordern kann [261]). — Wo dem Vater eine Gewere an dem Vermögen des unter seiner Vormundschaft stehenden Kindes beigelegt wurde, mußten, so lange der Grundsatz bestand, daß Schenkungen nur dann giltig seien,

---

256) Vgl. Kraut a. a. O. §. 49, Bd. 2, S. 54 flg. Das Nähere darüber wird in dem Artikel Vormundschaft vorkommen.

257) Const. de tutor. der Stadt Hörter von 1376 bei Wigand, Archiv I, 3, 38.

258) Const. de tutor. der Stadt Hörter a. a. O.

259) Vgl. darüber die Ausführung bei Kraut a. a. O. §. 43, Bd. 2, S. 4 flg. Wir werden darauf in dem Artikel Vormundschaft zurückkommen.

260) Freiburger Stadtprivilegium v. 1120. Bremer Handfeste v. 1218 Art. 49. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 614, N. 26.

261) Freiburg. Stadtrodel aus dem 13. Jahrh. §. 32. Schwabensp. 53. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut ebd. S. 614 flg., N. 27.

wenn zugleich die Gewere des Gegenstandes auf den Beschenkten übertragen worden war, Schenkungen des Vaters an das Kind aus demselben Grunde unwirksam sein, wie Schenkungen der Ehegatten unter einander 262). Wollte der Vater mit dem noch unter seiner Vormundschaft stehenden Kinde ein anderes Rechtsgeschäft eingehen oder eine Handlung vornehmen, deren Giltigkeit, wenn es volljährig gewesen wäre, dessen Einwilligung erfordert hätte, so mußte er entweder andere Verwandte desselben oder in deren Ermangelung die obervormundschaftliche Behörde dabei zuziehen, oder es war dem Kinde hierzu ein besonderer Vormund zu bestellen. Des Ersteren bedurfte es namentlich immer, wenn er die Kinder von sich abtheilen wollte 263); das Letztere scheint bei anderen Rechtsgeschäften, namentlich bei der Veräußerung einzelner Sachen der Kinder, wo dem Vater eine solche nicht allein zustand, das Gewöhnlichere gewesen zu sein 264). Aber auch wenn diese Formen von Seiten des Vaters beobachtet waren, blieb es ohne Zweifel ursprünglich dennoch bei der allgemeinen Regel, daß einem Kinde der freie Widerruf dessen, was während seiner Minderjährigkeit zu seinem Schaden geschehen war, nach erreichter Volljährigkeit zustand, da es eines eigentlichen Widerrufes nur bedurfte, wenn eine der angegebenen Formen beobachtet war, während bei Nichtbeachtung derselben das betreffende Geschäft von Anfang an nichtig ist 265). Dasselbe gilt auch, wenn die Kinder selbst während ihrer Minderjährigkeit in die Veräußerung eingewilligt hatten 266). Sowie aber später, wenn jene Formen beobachtet waren, die Widerruflichkeit als Regel bei den unter gewöhnlicher Vormundschaft stehenden Minderjährigen nicht mehr anerkannt wurde, so ist dieses auch bei solchen der Fall, welche unter der Vormundschaft ihres Vaters stehen 267). Auch leidet es keinen Zweifel, daß, sowie von jeher eine Ausnahme von jener Regel bei einer Theilung von Sachen, welche dem Kinde mit Anderen gemeinschaftlich waren, eintrat 268), auch die Kinder, welche während ihrer Minderjährigkeit mit Einwilligung ihrer Verwandten von ihren Eltern abgetheilt waren, nach erreichter Volljährigkeit die vorgenommene Abtheilung nicht widerrufen konnten 269).

---

262) Vgl. darüber Kraut §. 88, Bd. 2, S. 426 flg.

263) Siehe schon Leges Longob. Lintprand. 6. 20. Alt. Lüb. Recht. Cod. Hach. II. 191. Nordhäuser Stat. v. 1350 B. 4, Art. 22. Andere Rechtsquellen führt an Kraut a. a. O. Bd. 1, S. 92, N. 26, 27.

264) Frankf. Baculus iudicii aus dem 14. Jahrh. Art. 54. (Thomas, Oberhof S. 242.) Frankf. Urkunde von 1321 Jun. 25. bei Böhmer, Cod. diplom. Moeno-Francof. 1. 457.

265) Vgl. die Ausführung bei Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 5 flg.

266) Goslar. Stat. S. 19, Z. 25 flg.

267) Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 617, N. 33 führt eine Zürich. Urkunde v. 1314 an und hat die bezügliche Stelle abdrucken lassen.

268) Vgl. darüber Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 22. Es wird dies in dem Artikel Vormundschaft vorkommen.

269) Dies sagt ausdrücklich des Alte Lüneburg. Stadtr. S. 41. Z. 7 flg. der Ausg. von Kraut.

III. Heutiges Recht[270]). Nach der Reception des römischen Rechtes in Teutschland haben zwar einige Juristen dessen Nichtanwendbarkeit in der Lehre von der väterlichen Gewalt in Teutschland und die Beibehaltung der Grundsätze des älteren teutschen Rechtes dahin behauptet[271]). Indessen haben die meisten Juristen die Richtigkeit dieser Behauptung fortwährend bestritten; Partikulargesetze haben sie hier und da ausdrücklich verworfen[272]) und die tägliche Erfahrung in den Gerichten giebt von dem Gegentheile Zeugniß. Dies findet seine Erklärung leicht darin, daß das der teutschen väterlichen Vormundschaft entsprechende römische Institut, die väterliche Gewalt, zu Justinian's Zeit gegen die ursprüngliche Strenge sehr gemildert worden war, und dadurch mit dem teutschrechtlichen Verhältnisse des Vaters zu seinen Kindern viel mehr Aehnlichkeit erhalten hatte, als in seiner älteren Gestalt. Selbst der Ausdruck: Vormundschaft des Vaters, ist durch die dem römischen Rechte entlehnte Benennung: väterliche Gewalt, aus unserer Rechtssprache verdrängt worden. Auf der anderen Seite ist aber unzweifelhaft, daß das römische Recht in dieser Lehre nicht in seinem vollen Umfange jetzt Anwendung findet, indem nicht nur in Partikularrechten manche von demselben abweichende Bestimmungen enthalten sind, sondern auch ihm entgegenstehende gemeinrechtliche Grundsätze in Geltung sind, welche in bald größerem, bald geringerem Zusammenhange mit dem alten teutschen Rechte stehen. Namentlich beweisen die jetzt geltenden Gründe der Aufhebung der heutigen väterlichen Gewalt, daß auch ihr noch das Schutzverhältniß, die Vormundschaft, mit zum Grunde liegt, indem sie erlischt, wenn volljährige Kinder durch Anstellung eines besonderen Haushaltes sich von dem väterlichen Hause trennen oder Töchter heurathen, mithin aufhört, sobald der Grund der Schutzbedürftigkeit aufhört oder das Kind durch die Verheurathung unter den Schutz, die Vormundschaft einer anderen Person kommt[273]). Auch hat sich die Anschauung, daß der Vater Vormund seiner minderjährigen Kinder, die sich in seiner Gewalt befinden, sei, als solcher aber keiner gerichtlichen Bestätigung bedürfe, sowohl in manchen Partikulargesetzen, namentlich den sächsischen[274]), als in der sächsischen Doctrin erhalten[275]). Die heutige

---

270) Vgl. besonders Kraut a. a. O. §. 106—110, Bd. 2, S. 618—669.

271) Namentlich Thomasius, diss. de usu practico tituli Institutionem de patria potestate. Hal. 1712. 4. (in Eiusd. Diss. academ. T. III. Diss. 98.) und in anderen seiner Schriften.

272) Z. B. Const. elect. Saxon. v. 1572 P. II. const. 10.

273) S. Heimbach sen. in Ortloff's jurist. Abhandl. Bd. 1, S. 590 und Lehrbuch des partikulären Privatrechtes der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Staaten §. 108.

274) So handeln die kgl. sächs. Erl. PO. Tit. IX. §. 1. Altenb. PO. P. I. Cap. VI. § 2. Goth. PO. P. I. Cap. VI, §. 2 von der Vertretung unmündiger Kinder durch den Vater vor Gericht in dem Titel: „Von denen Vormündern und deren Actoren." Vgl. auch kgl. sächs. Vormundschaftsordnung v. 10. Octbr. 1782 Cap. XXII, §. 2, 3.

275) Haubold, Lehrb. des kgl. sächs. Privatrechtes §. 89. Heimbach,

väterliche Gewalt ist also ein aus römischen und teutschen Bestandtheilen zusammengesetztes Institut und Aufgabe des Folgenden ist es zu zeigen, inwieweit die römischen Grundsätze noch anwendbar geblieben oder durch teutsche Rechtsgrundsätze verdrängt worden sind.

A. Aus der heutigen väterlichen Gewalt entspringende Rechte des Vaters gegen das Kind. Bereits oben bei Darstellung des neuesten römischen Rechtes sind die in der väterlichen Gewalt begriffenen Rechte angeführt worden. Außer dem beschränkten Verkaufsrechte sind die Rechte des Vaters dem Kinde gegenüber nach Justinianeischem Rechte nur folgende: 1) das Kind ist dem Willen des Vaters unterworfen und darf daher namentlich ohne seine Einwilligung sich nicht verehelichen; 2) der Vater hat über das Kind das Recht mäßiger Züchtigung; bei schwereren Verbrechen des Kindes gegen ihn muß er es aber dem Richter zur Bestrafung übergeben, welcher jedoch mit Zuziehung des Vaters die Strafe zu bestimmen hat[276]); 3) der Vater hat in der Regel an allem Vermögen des Kindes, welches nicht zum castrense und quasi castrense peculium gehört, das Recht des Nießbrauches, welches auch das Verwaltungsrecht begreift; 4) er ist berechtigt, die dem Kinde deferirte und von diesem ausgeschlagene Erbschaft für sich anzutreten; 5) er ist befugt, in seinem Testamente dem Kinde einen Vormund zu ernennen[277]); 6) er ist berechtigt zur Pupillarsubstitution. — Von diesen Rechten des Vaters haben die unter 4. 5. 6. in Teutschland unbedingt Anwendung gefunden, da keine einheimische Rechtsansicht ihnen entgegenstand, selbst nicht den beiden zuletzt genannten Rechten, nachdem einmal das römische Testamentsrecht angenommen worden war. Hingegen ist das Recht des Vaters, das Kind zu verkaufen, auch in dem im neuesten römischen Rechte ihm gegebenen beschränkten Umfange in Teutschland nicht zur Anwendung gekommen, denn das in der älteren Zeit auch bei den Teutschen zustehende Verkaufsrecht des Vaters war schon lange vor Einführung des römischen Rechtes außer Anwendung. Der Satz, daß das Kind dem Willen des Vaters unterworfen sei und das damit zusammenhängende Recht des Vaters zur Einwilligung in die Ehe des Kindes hat zwar in Teutschland stets Anerkennung gefunden, kann aber doch heutzutage nicht mehr als ein Ausfluß der eigentlichen väterlichen Gewalt gelten, weil es nicht nur der Mutter zukommt, sondern auch nach aufgehobener väterlicher Gewalt dem Vater bleibt. Ebenso trat der Anwendung des unter 3. genannten Züchtigungsrechtes des Vaters kein Hinderniß entgegen, da der Vater es auch nach teutschem Rechte hat. Die im römischen Rechte damit zusammenhängende Befugniß des Vaters, das Kind bei schwereren Vergehungen gegen ihn dem

---

Lehrb. des partik. Privatrechtes §. 111. Sachse, Großherz. sächs. Privatrecht §. 162.

276) L. 3. C. de patria potest. (VIII. 46. (47.)).

277) Vgl. den Art. Vormundschaft.

Richter zu übergeben und zu verlangen, daß derselbe mit seiner Zuziehung die Strafe bestimme, haben die gelehrten Juristen nicht nur als in Teutschland anwendbar betrachtet[278]), sondern es haben auch Manche auf Grund einer römischen Gesetzstelle[279]) die Behauptung aufgestellt, daß nach römischem Rechte der Vater das ungehorsame und ungerathene Kind auch ohne Vorwissen und Einwilligung der Obrigkeit in das Gefängniß und selbst in das Zuchthaus bringen dürfe, und dies auch in Teutschland für anwendbar erklärt[280]). Dagegen haben Andere dies mit Grund bestritten[281]). Abgesehen davon, daß Fälle der Anwendung jenes Grundsatzes wohl nur sehr selten vorgekommen sind, vertrug sich dessen Anwendung in der That nicht mit der Natur der heutigen Strafanstalten, öffentlicher Einrichtungen, welche von Privatwillkür unabhängig sind. Aber auch der Satz, daß der Richter die Strafe eines vom Vater wegen eines gegen ihn begangenen Vergehens zur Bestrafung überlieferten Kindes mit des Vaters Zuziehung zu bestimmen habe, läßt sich mit den Grundsätzen des teutschen Criminalrechtes nicht vereinigen und hat daher wohl nur zur Milderung der eigentlich verwirkten Strafe durch den Richter auf Bitten des Vaters geführt[282]). Das Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht, welches der Vater nach dem römischen Rechte an dem Vermögen der Kinder hat, konnte in Teutschland leicht Anwendung finden. Abgesehen davon, daß es um so leichter Eingang finden konnte, als nach teutschem Rechte überhaupt dem überlebenden parens, also auch der Mutter nach dem Tode des Vaters, an dem vereinigten Vermögen beider Ehegatten bis zur Abtheilung mit den Kindern die Verwaltung und Nutznießung desselben zustand, und wenn auch hier noch nicht ein bestimmtes Vermögen der Kinder unterschieden werden konnte, weil solches erst durch die Abtheilung bestimmt wurde, doch eine Mitberechtigung der Kinder daran, wenigstens nach idealen Antheilen, anerkannt werden mußte, hatte der Vater nach dem früher Bemerkten an dem privativen Vermögen der Kinder vermöge seiner väterlichen Vormundschaft ein solches Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht. Daß ein eigentliches Nießbrauchsrecht ebenfalls nach den früheren Bemerkungen ihm nicht in späteren Statuten gewährt wird, kann nur als eine seltene Ausnahme von der Regel betrachtet werden. Auch ist die Anwendbarkeit jenes Nießbrauchsrechtes des Vaters von den Juristen ganz allgemein be-

---

278) Brunnemann, Comm. in Cod. ad L. 3. C. de patr. potest. Thibaut, Pandektenr. §. 247.

279) L. un. C. IX. 15.

280) Mevius, ad ius Lubec. I. 3. rubr. nr. 11. Leyser, Medit. ad Pand. Sp. XVII. med. 3.

281) Selchow, Elem. iur. german. priv. §. 491. Müller, Obs. pract. ad Leyser. T. I. Obs. 89. Globig, über die Gründe und die Grenzen der väterlichen Gewalt (Dresden 1789) S. 94 u. Andere, welche Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 264, N. 24 anführt, sowie Glück selbst a. a. O.

282) Carpzov, Pract. nov. rer. crim. Qu. 100. nr. 40. 41.

hauptet worden[283]) und wird noch jetzt behauptet. Es ist auch in mehreren Partikularrechten ausdrücklich anerkannt worden[284]) und fand in dem eigentlichen Teutschland so allgemeine Anwendung[284a]), daß, wie es scheint, selbst jene späteren statutarischen Bestimmungen, welche es dem Vater nicht gestatteten, dadurch verdrängt worden sind[285]). Seinem Gegenstande nach erstreckt sich dieses Nießbrauchsrecht auch noch heutzutage, wie nach römischem Rechte, nur auf das unter den Begriff der bona adventitia fallende Vermögen der Kinder, so daß gar kein Grund zu einer Ausnahme des vom Vater bei einer realen Abtheilung mit seinen Kindern diesen überwiesenen Vermögens hiervon vorhanden ist[286]). In Gemäßheit der Grundsätze des römischen Rechtes hat der Vater die Verbindlichkeit zur Cautionsleistung wegen des seinem Nießbrauche unterworfenen Vermögens der Kinder regelmäßig nur da, wo dies Partikular-

---

283) S. Pufendorf, Obs. iur. univ. T. I. Obs. 98.

284) Const. elect. Saxon. v. 1572. P. III. Const. 25. Kursächs. Dec. 62. v. 1661. Brandenburg. Culmbach. Landr. Sect. 6, Tit. 17, §. 16, 17 (letztere Stelle ist abgedruckt bei Scherer, eheliche Gütergemeinschaft Th. 2, S. 232).

284a) In den Niederlanden dagegen kam es nicht zur Anwendung, sondern hier scheint der in den Const. de tutor. der Stadt Höxter v. 1376 (bei Wigand, Archiv I, 3, 38) ausgesprochene Grundsatz, daß das vom Vater nach Bestreitung der Kosten des Unterhaltes und der Erziehung der Kinder von den Früchten des Vermögens desselben Erübrigte zu ihrem Nutzen angelegt werden muß, schon früh so festgehalten worden zu sein, daß er auch nach der Annahme des römischen Rechtes beibehalten wurde. S. Groenewegen, de legibus abrogatis ad §. 2. Inst. per quas personas cuique acquiritur (I. 9.). Voet, Comm. ad Pand. Lib. XV. Tit. I. §. 6.

285) Mit Recht erklärt es aber Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 623, N. 9 für eine wahrhaft mißbräuchliche Anwendung des römischen Rechtes, wenn hier und da auch das Nießbrauchsrecht, welches der Vater oder auch die Mutter in Teutschland an dem Vermögen der Kinder nach Auflösung der Ehe infolge der ehelichen Güterrechte als Recht des Besitzes oder portio statutaria haben, nach den römischen Grundsätzen über das Nießbrauchsrecht des Vaters an den Adventitien der Kinder beurtheilt wird, wie dies namentlich in Kurhessen nach Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. 2, Nr. IV. schon seit langer Zeit geschehen ist und noch geschieht. Denn jenes teutsche Nießbrauchsrecht ist ein von dem römischen usufructus paternus wesentlich verschiedenes Institut. Dies zeigt sich namentlich darin, daß es nicht, wie der römische väterliche Nießbrauch, durch die väterliche Gewalt bedingt ist, indem es dem Vater entweder, so lange er lebt, auch nach Beendigung seiner Gewalt über die Kinder, zusteht, oder, wenn dieses auch nicht immer der Fall ist, doch der Zeit seines Aufhörens nach nicht mit der Beendigung der väterlichen Gewalt zusammenfällt; ferner darin, daß es meistens der Mutter, wenn sie der überlebende Theil ist, nicht weniger zusteht wie dem Vater; endlich auch darin, daß jenes teutsche Nießbrauchsrecht sich nicht, wie der römische väterliche Nießbrauch, auf alle Adventitien der Kinder, sondern nur auf das von den Kindern von dem verstorbenen parens ererbte Vermögen erstreckt. Häufig treffen aber allerdings während der Dauer der väterlichen Gewalt beide Arten des väterlichen Nießbrauches mit einander zusammen, wie Runde, teutsches ehel. Güterrecht §. 112 bemerkt.

286) Eine solche Ausnahme nimmt an Mevius, in ius Lubec. P. II. Tit. 2. art. 2. nr. 121—132.

rechte ausdrücklich vorschreiben[287]). Von den Juristen ist jedoch mit vollem Rechte eine Ausnahme von dieser Regel für den Fall behauptet worden, wenn der Vater verschwenderisch ist oder mit dem Vermögen der Kinder übel wirthschaftet[288]). In Partikularrechten wird häufig dadurch geholfen, daß solchenfalls dem Vater unbeschadet der ihm verbleibenden Nutzungen des Vermögens der Kinder die Verwaltung desselben entzogen und dieselbe einem den noch minderjährigen Kindern zu bestellenden Vormunde übertragen wird[289]). Die Wiederverehelichung des Vaters allein aber läßt sich heutzutage nicht mehr allgemein zu den Gründen rechnen, welche ihn zur Cautionsleistung verpflichten; auch in den Partikularrechten ist dies selten der Fall[290]). Ebenso hält man auf Grund der L. 8. §. 4. fin. C. VI. 61. allgemein den Vater nicht für verpflichtet, über das seinem Nießbrauche unterliegende Vermögen ein Inventar zu errichten oder ein eidlich bestärktes Verzeichniß herauszugeben, sondern man hält ein einfaches Verzeichniß für genügend[291]), außer wenn ihn das Partikularrecht ausdrücklich zu Errichtung eines Inventars oder eines eidlich zu bestärkenden Privatverzeichnisses verpflichtet[292]). Gewöhnlich wird ihm diese Verpflichtung im Falle seiner Wiederverehelichung auferlegt[293]). Die neueren Gesetzgebungen gehen in Ansehung

---

287) Hierher gehört z. B. die Frankf. Reform. V, 8, §. 2, welche nur den Kindern das Recht giebt, Cautionsleistung zu verlangen. Das Weim. Erbfolgegesetz v. 6. April 1833 §. 6, Altenb. Erbfolgegesetz v. 6. April 1841 §. 66, Reuß. Greiz. Ges. v. 22. Jan. 1841 §. 60, Reuß. j. L. Ges. v. 10. Decbr. 1853 §. 61 giebt dem, dem überlebenden Vater zur Seite zu setzenden Vormunde das Recht und die Pflicht, nach seinem und der obervormundschaftlichen Behörde Ermessen vom Vater hinlängliche Sicherheitsleistung für die Erhaltung des Bestandes des Vermögens der Kinder zu fordern.

288) Carpzov, Iurispr. for. Rom. Saxon. P. II. Const. 10. Def. 9. nr. 8 —11. Lauterbach, Coll. theor. pract. Pandect. Lib. VII. Tit. 9. §. 7.

289) Vgl. Heimbach, Lehrb. des sächs. Privatrechtes §. 141, wo mehrere hierauf bezügliche Gesetze der Länder sächsischen Rechtes angeführt sind.

290) Z. B. Polizeiordnung der Stadt Münster Cap. 7, §. 1, 5. Münster. Erbpachtordnung §. 109, 113. Siehe Deiters, die ehel. Gütergemeinschaft §. 95.

291) Mynsinger, Observ. Centur. 2. Obs. 93. Mevius, in ius Lubec. Lib. II. Tit. 2. art. 21. nr. 9. Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 10. Def. 9. Glück, Erl. der Pand. Bd. 14, S. 373. Pufendorf, Obs. iur. univ. T. I. Obs. 98. §. 18. Manche Partikulargesetze stimmen damit überein, z. B. königl. sächs. Vorm.-O. v. 10. Octbr. 1782 Cap. 22, §. 1.

292) Beispiele solcher Partikularrechte sind die Frankf. Reform. V, 8, §. 1. Stadt- und Buttjadinger Landr. Art. 5. Cod. Maxim. Bavar. civil. I. 5. §. 5. nr. 4. Neue Beif. z. Goth. Landesordnung Th. I, S. 35. Altenb. Vorm.-O. v. 31. August 1785 §. 4 sowie auch das Braunschweig. Recht; s. Steinacker, Privatr. des Herzogthums Braunschweig §. 19, Nr. 1.

293) Rev. Lüb. Recht II, 2, 21 und Mevius im Comm. zu diesem Artikel. Frankf. Reform. III, 4, §. 6. VII, 2, §. 10. Das in der vorigen Note angeführte Gothaische und Altenburg. Gesetz verpflichtet aber den Vater unbedingt zur Errichtung eines eidlich zu bestärkenden Verzeichnisses über den mütterlichen Nachlaß binnen Jahresfrist nach dem Ableben der Mutter, bei Verlust des Nießbrauches an dem Muttergute der Kinder für den Unterlassungsfall.

des väterlichen Nießbrauches zum Theil vom römischen Rechte wieder ab, indem sie dem Vater kraft seiner Gewalt über die Kinder nur das Recht der Verwaltung an ihrem Vermögen beilegen, den Nießbrauch an demselben ihm aber nur mehr als einen Ersatz für die Alimentation der Kinder geben und zum Theil den nach Bestreitung der Erziehungskosten verbleibenden Ueberschuß der Nutzungen verzinslich angelegt und darüber jährlich Rechnung abgelegt wissen wollen[294]. — Auch das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes vor Gericht und zur Klagerhebung wegen gegen dasselbe begangener Verbrechen wird heutzutage nach den Grundsätzen des römischen Rechtes beurtheilt. — Was die im römischen Rechte dem Vater zur Wiedererlangung eines entlaufenen Kindes zustehenden Rechtsmittel betrifft, so ist bereits bei der Darstellung des römischen Rechtes von deren heutiger Anwendung die Rede gewesen und dabei bemerkt worden, daß die Anwendbarkeit der darin begründeten Vindication bestritten ist[295]. Eine förmliche Vindication kann nach der richtigeren Meinung in Teutschland nicht für zulässig erachtet werden, weil sie bei den Römern mit den strengen Grundsätzen des älteren römischen Rechtes über die väterliche Gewalt, welche ein ähnliches Recht des Vaters über das Kind, wie das des Herrn über den Sclaven, begründete, zusammenhing, und diese Grundsätze in Teutschland niemals Eingang gefunden haben. — Der Grundsatz des römischen Rechtes, daß Kinder unter väterlicher Gewalt keinen Vormund erhalten, ist zwar auch in Teutschland als Regel angenommen. Es tritt aber davon eine allgemeine Ausnahme in solchen Fällen und Angelegenheiten ein, wo das Interesse noch minderjähriger Kinder mit dem eigenen Vortheile des Vaters collidirt, sobald die Bestellung eines Vormundes für die Kinder nicht dadurch entbehrlich wird, daß ihre Verwandten sich ihrer anzunehmen verpflichtet sind. Dies letztere kommt in Teutschland noch häufig vor, wenn der Vater mit minderjährigen Kindern eine Abtheilung oder eine sonstige Auseinandersetzung des bis dahin von ihm verwalteten Vermögens vornehmen will oder muß. Jene Fälle und Angelegenheiten, in welchen die Kinder einen Vormund erhalten müssen, sind gewöhnlich nur von der Art, daß ein Vormund zu einem einzelnen Acte oder einem einzelnen Geschäfte bestellt wird, obwohl auch Fälle vorkommen, wo der zu bestellende Vormund eine förmliche Verwaltung des Vermögens der Kinder übertragen erhält, z. B. wenn der Vater übel wirthschaftet oder

---

294) Consequent ist dies durchgeführt im österr. bürgerl. Gesetzb. §. 149, 150. Inconsequent ist hierin das preußische Landrecht, indem es erst Th. II, Tit. 2, §. 168 bestimmt, daß von dem nicht freien Vermögen der Kinder, so lange die väterliche Gewalt dauert, die Verwaltung und der Nießbrauch zustehe, und dann in den §§. 204—206 ihm doch die Verwaltung und den Nießbrauch dieses Vermögens nur so lange verstattet, als der Vater die Kinder standesmäßig zu verpflegen und zu erziehen im Stande ist.

295) Behauptet wird dieselbe von Höpfner, Comm. über die Institut. §. 105; dagegen geleugnet von Göschen, Vorles. über das Civilr. Bd. 3, Abth. 1, §. 739. Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 626 flg.

seinen Geschäften selbst nicht vorstehen kann[296]). Ein beständiger Vormund neben dem Vater kommt außer in den Fällen, wo derselbe vorübergehend sich nicht im Stande befindet, seine Gewalt über die Kinder geltend zu machen, nur in Partikularrechten und auch hier nur sehr selten vor[297]).

B. Beschränkung der Handlungsfähigkeit des unter väterlicher Gewalt stehenden Kindes. In Betreff der Handlungsfähigkeit eines Kindes unter väterlicher Gewalt gilt im römischen Rechte die Regel, daß in dieser Beziehung zwischen einem solchen und einem homo sui iuris kein Unterschied sei; nur gilt davon die Ausnahme, daß, während ein unmündiger homo sui iuris auch während der Zeit seiner Impubertät giltig Contracte abschließen kann, ein unmündiges Kind unter väterlicher Gewalt durch von ihm abgeschlossene Verträge selbst dann nicht verbindlich wird, wenn es solche unter der Auctorität seines Vaters abgeschlossen hat[298]). Die Anwendbarkeit jener auch den Grundsätzen des teutschen Rechtes entsprechenden Regel in Teutschland ist unbestritten; dagegen ist die Anerkennung jener im römischen Rechte von dieser Regel gemachten Ausnahme in Teutschland unerweislich. Dies findet zum Theil seine Erklärung daraus, daß diese Ausnahme mit dem Grundsatze des älteren römischen Rechtes zusammenhängt, daß ein filiusfamilias nicht für sich, sondern nur für den paterfamilias erwerben kann und deshalb nach demselben kein Grund vorhanden war, ihm die Möglichkeit zu verschaffen, sich durch Verträge vollgiltig zu verpflichten. Mit dem späteren Aufgeben jenes Grundsatzes verlor diese Ausnahme schon im Justinianeischen Rechte ihre innere Bedeutung[299]). Völlig unvereinbar war sie aber mit den teutschen Rechtsansichten, wonach auch das unter der Vormundschaft des Vaters stehende Kind von jeher für sich selbst erwerben konnte. Ganz besonders aber vertrug sie sich deshalb mit den teutschen Rechtsansichten nicht, weil das teutsche Recht von jeher zwischen den unter Vormundschaft des Vaters und den unter Vormundschaft anderer Personen stehenden Kindern keinen Unterschied gemacht, und sowie es früher sowohl dem Einen wie dem Anderen

---

296) Partikularrechte, welche in solchen Fällen Bestellung besonderer Vormünder vorschreiben, sind: Kgl. sächs. Vorm.-O. Cap. 22, §. 2—6. Altenb. Vorm.-O. §. 4. Neue Beif. z. Goth. Landesordnung Th. 1, S. 36. Sondersh. Gesetz v. 5. April 1852 §. 60, 61, 63. Dessauische Dec. 5. m. 1850 §. 6—8.

297) So erhalten z. B. im altweimar. Theile des Großherzogthums S. Weimar minderjährige Kinder einen beständigen Vormund nach dem Ableben eines ihrer Eltern, damit derselbe für Erhaltung der Substanz des Vermögens, an welchem der überlebende Ascendent den Nießbrauch hat, die nöthige Fürsorge trage. Weim. Circ. v. 2. August 1777 ad §. X. post nr. 8. des Circulars v. 28. Septbr. 1776 bei Schmidt, Weim. Gesetzsamml. Bd. 9, S. 131 a. E.

298) § 10. Inst. III. 19. L. 141. §. 2. D. 45. 1. Vgl. darüber Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 3, S. 40 flg. Siehe auch den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 197, N. 44.

299) Savigny a. a. O. Bd. 3, S. 41, N. d. Siehe auch den angeführten Artikel a. a. O.

die Befugniß gegeben hatte, auch den mit Einwilligung des Vaters oder eines anderen Vormundes eingegangenen Vertrag nach erlangter Volljährigkeit zu widerrufen, so auch später beiden in gleicher Weise dieses Recht des Widerrufes von ihm entzogen war. Die erwähnte Ausnahme ist auch mit den heutigen teutschen Rechtsansichten um so unverträglicher, als nach der allerdings bestrittenen, aber doch richtigen Ansicht in Teutschland die unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen in Beziehung auf ihre Fähigkeit zu contrahiren den römischen impuberes völlig gleichgestellt sind [300]). Denn hieraus würde consequenter Weise folgen, daß, wenn man jene römische Ausnahme bei uns für anwendbar hielte, Minderjährige unter väterlicher Gewalt überhaupt gar nicht, auch nicht mit Einwilligung ihres Vaters, contrahiren könnten. Man hat daher immer mit Recht angenommen, daß, wenn in Teutschland ein Haussohn, auch wenn er noch nicht das Alter der römischen Pubertät erreicht haben sollte, einen Contract mit Einwilligung des Vaters abschließt, derselbe vollkommen giltig sei. Wegen der heutigen Gleichstellung der Minderjährigen mit den römischen impuberes ist aber auch auf der anderen Seite die Einwilligung des Vaters zur Giltigkeit der Contracte von Hauskindern so lange nothwendig, als sie die Volljährigkeit noch nicht erreicht haben [301]). Es erkennen dies auch mehrere Partikularrechte ausdrücklich an [302]); nur behalten einige inconsequenter Weise den älteren teutschen Termin der Volljährigkeit von 18 Jahren bei und erklären daher die Hauskinder nur zu diesem Alter für unfähig, ohne Einwilligung ihres Vaters zu contrahiren [303]). Manche Partikularrechte gehen über jenen gemeinrechtlichen Grundsatz hinaus und bestimmen, daß Kinder, so lange sie unter väterlicher Gewalt stehen, überhaupt ohne Einwilligung des Vaters nicht veräußern oder sich verpflichten können [304]).

C. **Uebrige Wirkungen der väterlichen Gewalt.** Außer den Rechten, welche die väterliche Gewalt dem Vater über das Kind giebt, hat dieselbe auch im neueren römischen Rechte noch folgende Wirkungen: 1) die von den Neueren sog. Personeneinheit (unitas personae), vermöge welcher Rechtsgeschäfte und Rechtsverletzungen sowohl

---

300) Vgl. darüber besonders die Ausführung von Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 99 flg. S. auch den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 196 flg. Das Nähere wird in dem Artikel Vormundschaft vorkommen.

301) Siehe jedoch wegen der Frage, ob die Einwilligung des Vaters genüge, um die Kinder zur Erfüllung einer Verpflichtung aus der Substanz ihres dem Nießbrauche des Vaters unterworfenen Vermögens zu verpflichten, den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 198.

302) Z. B. Pfälz. Landr. v. 1698 II. 27. pr. §. 1. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 2, §. 165. Oesterr. bürgerl. Gesetzb. §. 152.

303) Z. B. Frankf. Reform. II, 1, §. 4, nebst der Anmerkung von Orth hierzu. Lüneburg. Reform. II, 1, §. 2.

304) Z. B. Freiburg. Stat. v. 1520. Tract. 2, Tit. 9, §. 3, 4. Paulsen, Lehrb. des Schleswig-Holstein. Privatrechtes §. 84, 2. Aufl.

zwischen dem Vater und den in seiner Gewalt stehenden Kindern, als zwischen diesen unter einander unmöglich sind. Ueber diesen Grundsatz und dessen Modification siehe oben unter I. B. 2) Während andere Erben eine Erbschaft nur durch Antretung derselben erwerben können, erwirbt das Kind, welches bis zum Tode des Vaters unter dessen Gewalt gestanden hat, dessen Erbschaft im Augenblicke seines Todes ipso iure. 3) Das Kind kann auch mit Einwilligung des Vaters, außer über das castrense und quasi castrense peculium, kein Testament errichten. 4) Der Haussohn kann nicht Testamentszeuge sein bei dem Testamente des Vaters und seines unter derselben väterlichen Gewalt befindlichen Bruders. 5) Nimmt der Haussohn ohne Einwilligung des Vaters ein Gelddarlehen auf, so kann er auch nach aufgehobener väterlicher Gewalt gegen den dasselbe zurückfordernden Gläubiger mit der exceptio SCti Macedoniani sich schützen. — Von diesen Wirkungen der römischen väterlichen Gewalt sind die unter 2. 3. 4. 5. unbestritten in Teutschland anwendbar, wo nicht besondere Partikulargesetze entgegenstehen [305]). Hinsichtlich des Satzes unter 2. erklärt sich dies daraus, daß nach teutschem Rechte überhaupt jeder Erbe ipso iure erwirbt [306]) und daher der Anwendung jenes römischen Grundsatzes in Teutschland nichts entgegenstand. Bei den Sätzen unter 3. 4. hat es darin seinen Grund, daß man, da das ältere teutsche Recht keine Testamente kennt, nachdem diese einmal in Teutschland anerkannt waren, keinen Anstand finden konnte, das römische Testamentsrecht wenigstens als gemeinrechtliche Regel fast unbedingt anzuwenden. Indessen ist doch zu erwähnen, daß in Ansehung des Satzes unter 3. von den Kanonisten auf den Grund einer Decretale Pabst Bonifaz VIII. [307]) eine Ausnahme von demselben in der Art behauptet wird, daß ein filiusfamilias über seine Adventitien mit Einwilligung seines Vaters zu Gunsten einer milden Stiftung testiren dürfe, eine Ausnahme, über deren Zulässigkeit wir uns bereits in einem früheren Artikel ausgesprochen haben [308]). Partikularrechte weichen auch in Ansehung des Satzes unter 3. von dem römischen Rechte ab [309]). Wenn auch die unter 5. erwähnte Wirkung, nämlich das SC. Macedonianum rücksichtlich der Anwendbarkeit von Einigen deshalb bestritten

305) Partikulargesetze, welche das Recht der sui heredes in Bezug auf den Erwerb des väterlichen Nachlasses aufheben und auch bei ihnen den Erwerb von dem Erbschaftsantritte abhängig machen, sind Weim. Erbfolgegesetz v. 6. April 1833 §. 140. Altenb. Gesetz v. 6. April 1841 §. 146. Goth. Gesetz v. 2. Jan. 1844 §. 95. Reuß. Greiz. Gesetz v. 22. Jan. 1841 §. 113, 138, 140. Reuß. j. L. Gesetz v. 10. Decbr. 1853 §. 125, 152.

306) Sydow, Darstellung des Erbrechtes nach dem Sachsenspiegel §. 54, S. 311 flg. Vgl. auch den Artikel Intestaterbfolge, teutsche, Bd V, S. 787 und den Artikel Universal- und Singularsuccession.

307) Cap. 4. de sepulturis in VI. (III. 12.)

308) Vgl. den Artikel Testament Bd. X, S. 726 flg., 883.

309) Z. B. Würtemb. Landr. v. 1610 Th. 3, Tit 2. Fränk. Landgerichtsordnung III, 39, §. 7—11. Preuß. Landr. Th. I, Tit. 12, §. 18.

worden ist, weil die Aufhebung der väterlichen Gewalt in Teutschland früher und leichter geschehen könne als bei den Römern, und daher die schweren Folgen, welche das römische Recht dadurch abzuwenden gesucht habe, jetzt nicht mehr zu befürchten seien[310]), so ist doch in der Praxis die Anwendbarkeit desselben nie bezweifelt[311]) und auch in Partikularrechten ausdrücklich anerkannt worden[312]). Dagegen ist die Reception des Satzes unter 1. in Teutschland im höchsten Grade bestritten. Manche behaupten nämlich dessen Anwendbarkeit[313]) und einzelne Partikularrechte haben sich auch dafür ausgesprochen[314]). Andere leugnen die Anwendbarkeit und behaupten die Beibehaltung der Grundsätze des älteren teutschen Rechtes in dieser Beziehung[315]). Nach dem älteren teutschen Rechte waren aber nach dem sub II. B. Bemerkten Rechtsgeschäfte zwischen dem Vater und dem unter seiner Vormundschaft stehenden Kinde giltig. Früher machten zwar Schenkungen des Vaters an das Kind nach den Rechten, welche dem Vater eine Gewere an dem Vermögen der Letzteren beilegen, davon eine Ausnahme; allein diese Ausnahme war nicht nur von jeher blos partikularrechtlich gewesen, sondern auch wohl schon längst vor Einführung des römischen Rechtes

---

310) Tuldenus, Comm. ad. Tit. Dig. et Cod. ad SC. Macedonianum. Beyer, Delin. iur. civ. ad Pand. ad Lib. XIV. Tit. 6. Marckart, Exercit. de usu Senatusconsulti Macedoniani hodierno, in Eiusd. Exercit. academ. (Hardervici 1751) Exercit. VIII. p. 285 sq.

311) Wernher, Observ. pract. T. II. P. VI. obs. 334. Strube, rechtl. Bedenken Th. 1, Bed. 156. Mencken, Diss. de usu forensi SCti Macedoniani in Germania. Viteb. 1715. 4.

312) Z. B. Kgl. sächs. Rescript v. 19. März 1680. Mandat v. 21. April 1724. Erl. Rescript v. 18. März 1727 und v. 22. März 1752. Mein. Verordnung v. 8. Nov. 1799 §. 5.

313) Z. B. Hertius, Diss. de pluribus hominibus unam personam sustinentibus Sect. 1. §. 4. (Eiusd. Comment. et Opusc. Vol. II. T. 3. pr. 44.) Berger, Oecon. Iur. Lib. I. Tit. 3. th. 16. Wernher, Obs. for. P. V. obs. 189. Leyser, Medit. ad Pand. Spec. XXI. med. 5. Höpfner, Comment. zu den Institut. §. 105.

314) Z. B. Frankf. Reform. II, 1. 7.

315) Groenewegen, de legibus abrogatis ad §. 4. et 6. Inst. de inutil. stipul. (III. 20.) nr. 1—3. Schilter, Prax. iur. Rom. Exerc. 27. §. 85 sq. Titius, Diss. de contractibus patris et liberorum in potestate eius existentium. (Lips. 1713. recus. 1723.) §. 38 sq. Strube, rechtl. Bedenken Th. 2, Nr. 68. Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 272 flg., besonders aber Kraut, teutsches Vormundschaftsrecht Bd. 2, S. 633 flg. und mit besonderer Beziehung auf die Länder sächsischen Rechtes Heimbach, Erörter. Nr. VIII, S. 42 flg. Von den Germanisten schließen sich dieser Ansicht an Renaud, Lehrb. des teutschen Privatrechtes Bd. 1, §. 178. Gerber, System des teutschen Privatr. §. 241. Phillips, teutsches Privatrecht Bd. 2, §. 152. Mittermaier, Grundsätze des teutschen Privatr. Bd. 2, §. 363 (Ausg. 7). Seuffert, Archiv Bd. 1, Nr. 353. Beseler, System des teutschen Privatr. Bd. 2, §. 134. Dagegen ist Walter, teutsches Privatr. §. 97, der entg[illegible]ngesetzten Ansicht. Auch das OAGericht zu Jena hat angenommen, daß die v[illegible]liche Gewalt kein Hinderniß der Abschließung giltiger Rechtsgeschäfte zwischen [illegible] und Kindern sei, zu Nr. 259. und 384. Civ. 1856.

verschwunden. Allerdings war aber, wenn der Vater mit einem solchen Kinde ein Rechtsgeschäft, welches keine Schenkung bezweckte, abschließen wollte, dazu erforderlich, daß dieses unter Theilnahme und Genehmigung der Verwandten des Kindes oder der obervormundschaftlichen Behörde geschah, oder auch, daß dem Kinde ein besonderer Vormund zu diesem Geschäfte bestellt wurde. Indessen lag der Grund davon bei Söhnen nur darin, daß diese überhaupt nur während ihrer Minderjährigkeit unter der Vormundschaft des Vaters standen und Minderjährige nur unter Beobachtung jener Formen giltige Rechtsgeschäfte abschließen konnten. Dieser letztere Grundsatz gilt auch noch heutzutage, nicht aber auch der, daß nur minderjährige Kinder unter väterlicher Gewalt stehen. Daher ist nach dem heutigen Rechte die Beobachtung jener Formen nur dann zur Giltigkeit der Geschäfte für erforderlich zu halten, wenn der Vater mit einem minderjährigen Haussohne ein solches abschließen will, nicht aber, wenn dieser schon volljährig ist. Bei Töchtern, welche mit ihrem Vater, unter dessen Vormundschaft sie stehen, ein Geschäft abschließen wollen, ist, wenn sie noch minderjährig sind, der Grund der Nothwendigkeit der Beobachtung jener Formen dabei derselbe, wie bei den Söhnen. Sind sie aber schon volljährig, so können nur die über die Geschlechtsvormundschaft geltenden Grundsätze die Beobachtung derselben nothwendig machen. Von jenen beiden hinsichtlich der Anwendbarkeit des fraglichen römischen Grundsatzes sich entgegen stehenden Ansichten ist die letztere aus folgenden Gründen die richtigere. Die Reception des in Frage stehenden römischen Grundsatzes in Teutschland würde schon an und für sich auffällig sein, weil derselbe, wenn auch nicht ausschließlich, doch großentheils mit dem Princip zusammenhängt, daß ein Hauskind kein eigenes Vermögen besitzen und nur für den Vater erwerben könne, jenes Princip aber im Justinianeischen Rechte wesentlich modificirt ist. Jener römische Grundsatz verträgt sich aber mit den teutschen Rechtsansichten, welche das gedachte Princip nicht anerkannt haben, keineswegs. Der fragliche Grundsatz ist aber auch wirklich nicht recipirt, wie aus Folgendem hervorgeht. Zuvörderst lassen sich den Partikularrechten, welche ihn anerkennen, andere entgegensetzen, welche ihn entweder ausdrücklich für unanwendbar erklären[316]) oder mit deren sonstigen Bestimmungen er sich nicht verträgt[317]). Ferner zeigt die tägliche Erfahrung dessen Nichtanwendung in Teutschland, sowie dieselbe auch beweist, daß die noch heutzutage vorkommenden teutschrechtlichen Verhält-

316) Z. B. Cod. Maxim. Bavar. civ. I. 5. §. 2. nr. 4. Kgl. sächs. Dec. 14. v. 1746.

317) Dies gilt vom Preuß. Landrecht; siehe Simon und Strampff, Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe Bd. 2, S. 257. Bornemann, Systemat. Darstellung des preuß. Civilrechtes (Ausg. 2.) Bd. 5, S. 289. Es gehören hierher alle diejenigen Partikularrechte, welche z. B. bei Abtheilungen des Vaters mit den Kindern, wenn solche minderjährig sind, nur Zuordnung eines besonderen Vormundes verlangen. Vergl. Heimbach, Erörterungen S. 43 flg.

nisse in vielen Fällen dessen Nichtanerkennung selbst zum Bedürfniß machen. Besonders zeigt sich dies z. B. in den Fällen, wo der Vater mit den in seiner Gewalt befindlichen Kindern eine Abtheilung vornimmt oder statt der reellen Abtheilung ihnen eine Forderung auf den Werth des ihnen zukommenden Antheiles an der Gesammtmasse giebt oder auch einen Einkindschaftsvertrag mit ihnen abschließt und sie dagegen auf das Recht, die Herausgabe ihres Antheiles an dem Gesammtgute von ihm zu verlangen, verzichten[318]). Auch tritt sehr häufig das Bedürfniß ein, daß ein Vater schon bei seinem Leben sein Haus oder seinen Hof an das in seiner Gewalt befindliche Kind verkauft oder aus irgend einem anderen Grunde an dasselbe abtritt[319]). Zur Ausgleichung dieses unverkennbaren und unabweisbaren Bedürfnisses des teutschen Rechtslebens, sowie zur Ausgleichung der teutschen Rechtsansichten mit der von ihnen behaupteten Anwendbarkeit jenes römischen Grundsatzes in Teutschland, haben die Juristen allerhand Modificationen dieser ihrer Behauptung zugeben müssen, deren nähere Betrachtung die Unhaltbarkeit dieser Behauptung am besten zeigt. Die Meisten geben nämlich zu, daß ein Vertrag zwischen dem Vater und dem Hauskinde in Teutschland dann als giltig anzusehen sei, wenn der Vater das Kind zum Behufe dieses mit ihm vorzunehmenden Rechtsgeschäftes, ad hunc actum, emancipirt (daher die besondere Emancipation, sog. emancipatio particularis) und demselben, wenn es noch minderjährig ist, einen Vormund hat bestellen lassen[320]), und von diesen behaupten wieder Manche, daß die Emancipation schon stillschweigend darin liege, wenn der Vater um Bestellung eines Vormundes für das Kind zu diesem Acte bitte[321]), ja Einige, daß schon die Abschließung des Vertrages selbst als eine stillschweigende Emancipation angesehen werden könne[322]). Alle diese Modificationen ergeben aber die Unhaltbarkeit derselben. Denn abgesehen davon, daß dem römischen Rechte eine Emancipation ad hunc actum und eine stillschweigende Emancipation ganz unbekannt ist, würde, da nach Abschluß des Vertrages das Kind auch nach dieser Ansicht immer wieder ohne Weiteres in die väterliche Gewalt zurückfällt, wenn man

---

318) Vgl. Mevius, in ius Lubec. P. II. Tit. 2. art. 2. nr. 182—186. 200.

319) Siehe Berger, Oecon. iur. Lib. I. Tit. 3. th. 16. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen Bd. 7, S. 73.

320) Diese Ansicht ist z. B. in die Altenb. Vorm.-O. v. 31. August 1785 §. 4, Nr. 3 übergegangen, welche zum Behufe der vom Vater mit dem Kinde in Ansehung der Adventitien zu schließenden Geschäfte besondere Emancipation, und, wenn das Kind minderjährig ist, Zuordnung eines besonderen Vormundes verlangt. Diese Gesetzgebung ist aber insofern inconsequent, als sie bei der vom Vater, wenn er wieder heurathet, vorzunehmenden Auseinandersetzung und Abtheilung mit den Kindern erster Ehe wegen des Muttergutes keine besondere Emancipation, sondern nur Bestellung eines besonderen Vormundes fordert (a. a. O. §. 4 a. E.), während doch auch hier eine besondere Emancipation hätte verlangt werden müssen. S. Heimbach a. a. O. S. 43.

321) Berger l. c. Wernher, Obs. for. P. III. obs. 247.

322) Leyser, Medit. ad Pand. Spec. XXI. med. 5.

hier das römische Recht anwenden wollte, die Wirkung des Vertrages in diesem Augenblicke immer wieder erlöschen, da nach demselben überhaupt kein Obligationsverhältniß zwischen Vater und Kind bestehen kann. Die Anhänger jener Ansicht nehmen aber die Fortdauer der Wirkungen des Vertrages an. Die Nichtanwendbarkeit des fraglichen römischen Grundsatzes geht endlich daraus hervor, daß diejenigen Particularrechte, welche ihn ausdrücklich anerkennen, auch entweder Modificationen, von welchen dasselbe gilt, haben eintreten lassen müssen [323]), oder ihm keine praktische Geltung haben verschaffen können [324]). Wenn nun in dem Vorigen die Unanwendbarkeit des römischen Grundsatzes von der Personeneinheit zwischen Vater und Kind auch nur zunächst in Bezug auf Verträge zwischen beiden nachgewiesen worden ist, so versteht sich doch aus den angegebenen Gründen von selbst, daß in Teutschland auch Processe zwischen dem Vater und dem Kinde in seiner Gewalt zulässig sein müssen [325]) und daß er ihnen wirksam etwas schenken kann. — Im Zusammenhang mit dem Obigen steht die Beantwortung der sehr bestrittenen Frage, ob und in welchen Fällen nach dem heutigen Rechte das Kind für die Dienste, welche es dem Vater leistet, einen eigentlichen Lohn oder doch eine Vergütung, entweder von dem Vater selbst, oder doch wenigstens bei der Erbtheilung von den übrigen Erben fordern kann [326]). Auch schon dieser Streit, besonders aber der Umstand, daß die meisten Praktiker die aufgestellte Frage bedingungsweise bejahen [327]), ergiebt, daß die väterliche Gewalt im heutigen Rechte eine andere Bedeutung haben muß, als im römischen Rechte, da bei dem Begriffe, welchen die Römer von derselben hatten, eine solche Forderung von Seiten des Sohnes an den Vater ganz undenkbar war. In Gemäßheit der obigen

---

323) So wird namentlich in mehreren solcher Partikularrechte der Vertrag zwischen Vater und Kind dann für giltig erklärt, wenn er von der Obrigkeit genehmigt oder bestätigt ist, was doch im Sinne des römischen Rechtes eine ganz nutzlose Form sein würde, wodurch der an sich ungiltige Vertrag nicht giltig werden könnte. Dahin gehören namentlich: Freiburg. Stat. v. 1520 Tract. II, Tit. 9, §. 6. Würtemberg. Landr. v. 1610 Th. 2, Tit. 28 a. E. Pfälz. Landr. v. 1698 I, 27, §. 3.

324) So ist nach dem Zeugnisse von Orth in den Anmerkungen zur Frankf. Reform. S. 64 der aus dem römischen Rechte entlehnte §. 7, Tit. 1, Th. II dieses Gesetzes, welcher eben die Ungiltigkeit der Contracte zwischen Vater und Kindern ausspricht, schwerlich mehr giltig. Vgl. auch Bender, Lehrbuch des Frankf. Privatrechtes §. 20.

325) Groenewegen, de legibus abrogatis ad L. 4. D. de iudiciis (5. 1.). Auch erkennen dies einzelne Partikularrechte ausdrücklich an. Freiburg. Stat. v. 1520 Tract. I, Tit. 5, Bl. 11. Goth. PO. v. 1776 P. I. Cap. 2, §. 2.

326) Die Meinungen der älteren Juristen hierüber stellt dar Harpprecht, Disp. de operis liberorum, quas suis parentibus debent ac praestant; et Disp. de salario pro operis liberorum praestando, beide in Eiusdem Dissert. academ. Vol. I. Disp. 1. 2.

327) Z. B. Harpprecht l. c. Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 10. Def. 8. nr. 6—8. Strube, rechtl. Bedenken Th. 3, Nr. 49. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 2, Nr. 55.

Grundsätze ist es aber unzweifelhaft, daß der Vater mit dem Kinde über die ihm zu leistenden Dienste einen förmlichen Vertrag abschließen kann und daß in diesem Falle das Kind gegen den Vater auf Leistung des ihm von diesem für seine Dienste Versprochenen ein Klagrecht hat. Eben so wenig läßt sich in Zweifel ziehen, daß ein Vertrag darüber auch stillschweigend eingegangen werden kann und dann dieselbe Wirkung und Bedeutung hat, wie der förmlich abgeschlossene. Liegt aber kein Vertrag darüber zwischen Vater und Kind vor oder läßt sich ein solcher nicht annehmen, so wird sich ein Anspruch des Kindes auf Entschädigung für die dem Vater geleisteten Dienste nur auf die heutigen, allerdings nicht unbestrittenen Grundsätze von der actio de in rem verso utilis stützen und dann in der Regel nur gegen die übrigen Miterben des Vaters geltend machen lassen. Nach jenen Grundsätzen gehört aber dazu, daß durch die von dem Kinde geleisteten Dienste dem Vater eine sonst von ihm zu bestreitende Ausgabe erspart worden und daß das Kind nicht verbunden gewesen sei, dem Vater diese Ersparniß zu machen. Hiernach kann ein Kind, wenn es gleich die Eltern bei ihren Arbeiten nach Kräften zu unterstützen verpflichtet ist[328]), sobald es ihnen solche Dienste leistet, für welche sie sonst Andere hätten miethen müssen, dafür Vergütung verlangen. Es wird aber dabei beständige Dienstleistung, nicht eine solche, welche blos in dem einen oder anderen Falle geschehen ist, vorausgesetzt, indem eine Dienstleistung der letzteren Art blos als eine Unterstützung der Eltern anzusehen sein würde[329]). — Daraus, daß in Teutschland der Haussohn nicht bloß, wie auch schon nach dem neueren römischen Rechte, ein eigenes Vermögen zu haben fähig ist, sondern auch Rechtsgeschäfte und Schenkungen zwischen Vater und Sohn giltig sind, folgt schon, daß nicht alles Vermögen, was der Sohn vom Vater erhält oder ex substantia des Vaters erwirbt, als peculium im eigentlichen Sinne (sog. peculium profectitium) angesehen werden darf, sondern daß der Vater dem Sohne auch Vermögen zu eigenem Rechte übertragen kann. Es bleibt aber in Teutschland für ein peculium und die damit zusammenhängende actio de peculio[330]) wenig Raum übrig. Zu dieser Annahme führt die Erwägung, daß das Peculium seinem Begriffe nach von dem Vermögen des Vaters factisch getrennt sein muß und daß es nicht bloß aus einzelnen, vom Vater dem Sohne gegebenen Sachen, sondern aus einem ganzen Vermögenscomplexe besteht und daß der Vater,

328) Globig, über die Gründe und Grenzen der väterl. Gewalt S. 121 flg. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 2, §. 121.

329) So ist es offenbar ein ganz verschiedenes Verhältniß, ob ein Kind geradezu als Knecht, Magd, Geselle oder Handlungsgehilfe bei den Eltern dient oder ob es ihnen blos dann und wann einmal die Dienste eines Knechtes leistet. Bülow und Hagemann a. a. O. Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 266 flg., welcher auch noch andere Schriftsteller anführt.

330) Vgl. den Artikel Actio Bd. I, S. 70—72 und den Artikel Peculien Bd. VII, S. 863—867.

welcher dem Sohne einen solchen überweist, in der Regel eine Schenkung beabsichtigt und das Geschenkte dann nicht ein peculium profectitium des Sohnes bildet, sondern zu den Adventitien gehört, oder auch das dem Sohne Gegebene eine Beihilfe zur Anlegung eines besonderen Haushaltes ist und dann wegen der in der letzteren nach teutschem Rechte liegenden Aufhebung der väterlichen Gewalt von einem Peculium nicht die Rede sein kann. Obwohl die Praktiker dies auch meistens eingeräumt haben, so haben sie doch die heutige Möglichkeit der actio de peculio und daher eines peculium profectitium in dem Falle behauptet, wenn der Vater dem Sohne ein Vermögen zur eigenen Verfügung, z. B. zum Betrieb einer Handlung übergiebt, den Sohn aber dennoch im Hause und am Tische behält [331]. Aber auch in diesem Falle bedarf es der Annahme eines Peculiums und der Zulassung der actio de peculio nicht, da die im heutigen Rechte geltenden Grundsätze über freie Stellvertreter zu demselben Resultate führen. Es ist daher die Meinung richtiger, welche die Anwendbarkeit der römischen Grundsätze vom peculium profectitium und actio de peculio in Teutschland in Abrede stellt [332], eine Meinung, welche auch in einzelnen neueren Gesetzgebungen Bestätigung findet [333]) und durch die Praxis bestätigt wird, abgesehen davon, daß sie auch aus dem Gesichtspunkte der Nützlichkeit den Vorzug verdient [334]. Noch

---

331) Schilter, Prax. iur. Rom. Exerc. 27. §. 47. 85—89. Stryk, Usus modern. Pandect. Lib. XV. Tit. 1. §. 2. 4. Cocceii, Ius civ. controv. Lib. XV. Tit. 1. qu. 16. Glück, Erl. der Pand. Bd. 14, S. 399.

332) Marckart, Exercitat. academ. Exerc. VII. §. 1. Corrach, Diss. de different. iur. Rom. et Germ. in peculio filiorumfam. §. 16. Thomasius, de usu iuris paterni secundum mores Germanorum (Hal. 1694) Cap. 2. §. 7.

333) Namentlich kennt das preuß. Landrecht kein peculium profectitium; s. Bornemann, preuß. Civilrecht (Ausg. 2.) Bd. 5, S. 290. Ebenso kennt der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Königreich Sachsen kein peculium profectitium. Die Goth. Proceßordnung P. I. Cap. 2, §. 2 erkennt zwar ein peculium profectitium an und bestimmt, daß selbst ein volljähriger, unter väterlicher Gewalt stehender Sohn keine Klage anstellen könne, wenn von diesem Peculium die Rede ist, außer wenn der Vater abwesend oder sonst verhindert wäre und dabei zum Besten des Peculium geklagt würde. In der Praxis scheint aber die Sache nicht vorzukommen, indem der Verfasser aus eigener Erfahrung seit seiner langjährigen Amtsführung im OAGericht zu Jena bezeugen kann, daß ihm niemals ein Fall der Art vorgekommen ist, wo von einem peculium profectitium die Rede gewesen wäre.

334) Schon Lauterbach, Coll. theor. pract. Pandect. Lib. XV. Tit. 1. §. 41. sagt von der actio de peculio mit Recht: hodie plus difficultatis, quam utilitatis habet. Jedenfalls muß bei minderjährigen Haussöhnen das Vorkommen der actio de peculio in Teutschland gänzlich in Abrede gestellt werden. Denn schließt ein solcher einen Vertrag ab, so ist dieser nach dem früher Bemerkten, wenn er nicht auf Befehl oder mit Einwilligung des Vaters abgeschlossen ist oder der Vater ihn nicht hinterher genehmigt, ungiltig, so daß weder der Vater, noch der Sohn daraus verbindlich wird. Ist dagegen der Contract auf Befehl oder mit Einwilligung des Vaters geschlossen oder von ihm später genehmigt worden, so wird der Vater nicht blos soweit das peculium reicht, sondern in solidum verpflichtet. Voet, Comm. ad Pandect. Lib. XV. Tit. 1. §. 11. Ueberhaupt glauben

entschiedener muß die Anwendbarkeit der gleichfalls mit dem peculium profectitium zusammenhängenden tributoria actio[335]) in Teutschland in Abrede gestellt werden, zumal dieselbe selbst von Vielen derjenigen geleugnet wird, welche die actio de peculio in Teutschland für anwendbar halten, deshalb, weil die Vertheilung des noch vorhandenen Waarenlagers des Sohnes unter dessen Gläubiger durch den Vater bei den Römern eine Folge der bei ihnen mit der väterlichen Gewalt verbundenen häuslichen Gerichtsbarkeit, also der richterlichen Gewalt gewesen sei, in Teutschland aber eine richterliche Gewalt des Vaters nicht anerkannt werde[336]) und diejenigen, welche sie dennoch für anwendbar halten, um diesem Grunde auszuweichen, genöthigt sind, sie auf den Fall zu beschränken, wo die Gläubiger dem Vater gewissermaßen als arbiter die Vertheilung des Waarenlagers überlassen haben[337]). Die tributoria actio setzt den Fall der Insolvenz des Sohnes voraus. Im Falle der Insolvenz ist aber auf Andringen der Gläubiger Concurs zu eröffnen; die Concurseröffnung ist aber, wie allgemein anerkannt ist, ein Act der richterlichen Gewalt, und diese steht dem Vater in Teutschland nicht zu. Derselbe Grund steht auch der Anwendbarkeit der actio de peculio entgegen. Denn nach römischem Rechte soll der Vater bei Befriedigung der Gläubiger den Vorzug der einen Forderung vor der anderen berücksichtigen[338]). Aber auch darüber zu urtheilen, welche Forderungen privilegirt seien oder nicht, steht in Teutschland nur der richterlichen Gewalt zu.

D. Entstehung und Aufhebung der väterlichen Gewalt. 1) In Beziehung auf die Entstehungsgründe der väterlichen Gewalt gilt heutzutage in Teutschland das römische Recht. Sie entsteht daher jetzt außer durch eheliche Geburt auch durch Adoption

---

wir den von einem minderjährigen Hauskinde mit Einwilligung des Vaters geschlossenen Geschäften die Bedeutung beilegen zu müssen, daß das Kind nicht dadurch verpflichtet wird, sondern nur der Vater selbst zur Erfüllung aus eigenen Mitteln, da, wenn das Kind für sein Vermögen einen besonderen Vormund hat, eine Verpflichtung des Kindes, aus der Substanz seines Vermögens für die Erfüllung zu haften, von der Zustimmung des Vormundes zu dessen Handlung abhängig ist. Vgl. den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 197 flg.

335) Vgl. darüber den Artikel Actio Bd. I, S. 90 flg.

336) Lauterbach, Coll. theor. pract. Pandect. Lib. XIV. Tit. 4. §. 7. Beyer, Delin. iur. civ. Lib. XIV. Tit. 4. p. 295. Boehmer, Doctr. de action. Sect. II. cap. 10. §. 17. not. s. Cocceii, Ius civ. controv. Lib. XIV. Tit. 4. qu. 4. und Emminghaus dazu not. g. Westphal, teutsches Privatrecht Th. 2, S. 96. Höpfner, Comm. zu den Institut. §. 1152.

337) Schilter, Praxis iur. Rom. Exerc. XXVII. §. 47. Stryk, Usus mod. Pand. Lib. XIV. Tit. 4. §. 1. Müller, Syst. Pandect. P. III. Tit. 11. §. 938. Schmidt, Theor. prakt. Comm. zu seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden Bd. 5, §. 1432, S. 340 flg. Glück, Erl. der Pand. Bd. 14, S. 281 flg. Was der Verfasser dieses Artikels über seine Erfahrung hinsichtlich der Nichtanwendung der actio de peculio vorher bemerkt hat, gilt in gleicher Maße von der tributoria actio.

338) L. 52. pr. D. 15. 1.

und Legitimation. Kannte gleich das ältere teutsche Recht beide letztere Entstehungsgründe nicht und haben sie auch jetzt noch nicht bei allen teutschrechtlichen Instituten alle im römischen Rechte daran geknüpften Wirkungen, so sind sie doch als Entstehungsgründe der väterlichen Gewalt überall anerkannt. Ueber seine unehelichen Kinder erlangt der Vater auch heutzutage keine Gewalt, nicht wegen ihrer Rechtlosigkeit, wie nach dem ältern teutschen Rechte, sondern nur aus dem Grunde, weil er nach römischem Rechte in juristischer Beziehung gar nicht als ihr Vater angesehen werden kann. Denn besteht gleich in dem heutigen gemeinen Rechte die Rechtlosigkeit der unehelichen Kinder unter dem Namen der Anrüchigkeit noch fort, so wird doch als Wirkung derselben nirgends mehr anerkannt, daß die, welche damit behaftet sind, keinen Vormund haben können. Daher versteht es sich auch bei der Bedeutung, welche das römische und kanonische Recht der Legitimation durch nachfolgende Ehe beilegen, von selbst, daß, wenn der Vater die Mutter seines unehelichen Kindes heurathet, dieses dadurch seiner Gewalt unterworfen wird und daß das zwar vor der Ehe empfangene, aber in der Ehe geborene Kind von seiner Geburt an unter derselben steht. 2) Was die Aufhebung der väterlichen Gewalt anlangt, so hat unleugbar mit der Einführung des römischen Rechtes die Emancipation in Teutschland Anwendung gefunden, was aber in der That wohl nur von der Justinianeischen, nicht von der Anastasianischen Emancipation sich behaupten läßt. Es kommt aber höchst selten eine Gelegenheit zu deren Anwendung vor, da nach dem von jeher darüber bestehenden Einverständnisse der Juristen die väterliche Gewalt, außer durch die Emancipation, durch eigenthümlich teutsche Aufhebungsarten beendigt wird, welche meistens gar keinen Raum zur Anwendung der Emancipation übrig lassen. Diese Aufhebungsarten des teutschen Rechts hängen aber nicht, wie die Emancipation, von der Willkür des Vaters ab und es ist daher der römische Grundsatz, daß die väterliche Gewalt bei Lebzeiten des Vaters in der Regel nur durch freiwilliges Aufgeben derselben von Seiten des Vaters erlöschen könne, in Teutschland nicht angenommen. Dieser Umstand ist entscheidend dafür, daß die heutzutage sogenannte väterliche Gewalt in der That ein ganz anderes Institut ist, als die römische patria potestas; denn jener Grundsatz ist eine wesentliche Folge des römischen Begriffs derselben. Jene teutschrechtlichen Aufhebungsarten sind, worüber alle Juristen übereinstimmen, bei Söhnen die Anlegung eines besonderen Haushaltes[339]), bei Töchtern deren Verheurathung. Dies erkennen auch viele Gesetze ausdrücklich an[340]) und der Gerichtsbrauch stimmt überall damit überein. Auch

339) Vgl. Grupen, Discept. for. Cap. III. Membr. 2. §. 10. p. 91., wo viele hierauf sich beziehende Aeußerungen älterer Juristen gesammelt sind.

340) Freiburg. Stat. v. 1520 Tract. 2, Tit. 9, §. 3. Das älteste und wichtigste Gesetz, welches sich ausführlicher darüber ausspricht, ist eine Constitution Kurfürst August's von Sachsen v. 1572 (Const. elect. Saxon. 10. P. II.),

herrscht Einverständniß unter den Juristen darüber, daß die Volljährigkeit allein ohne Hinzutreten der Anlegung eines besonderen Haushaltes, nach dem heutigen in Teutschland geltenden gemeinen Rechte auch bei Söhnen nicht mehr wie nach dem älteren teutschen Rechte die väterliche Gewalt beendigt [341]). Daher hat sich die Beendigung der väterlichen Gewalt durch die Volljährigkeit des Kindes nur im Partikularrechte erhalten und ist in einzelnen Ländern erst durch die Gesetzgebung wieder eingeführt worden [342]). Dagegen ist es streitig, ob nicht auch bei Töchtern durch Anlegung eines besonderen Haushaltes und umgekehrt auch bei Söhnen durch deren Verheurathung die väterliche Gewalt erlischt. — Die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Anlegung eines besonderen Haushaltes ist nach dem früher Bemerkten dem älteren teutschen Rechte völlig fremd, ist ein Rechtssatz, der seinen Ursprung einer communis opinio doctorum verdankt. Bei der Erörterung ihrer rechtlichen Natur sind also zunächst die Meinungen der Juristen darüber in das Auge zu fassen. Diese stimmen in den meisten Punkten hier überein, in einigen sind sie aber abweichend [343]). Nach übereinstimmen=

---

mit welcher im Wesentlichen die Lüneburg. Reform. Th. 2, Tit. 1, §. 3 übereinstimmt. Unter den späteren Gesetzen sind hervorzuheben: Würtemberg. Landr. v. 1610 Th. 2, Tit. 18, §. Es mögen. Frankf. Reform. II, 1, §. 9. Mühlhäus. Stat. v. 1692 B. 4, Art. 31, §. 1. Bayer. Landr. v. 1616 Tit. 3, Art. 2. Cod. Maxim. Bavar. civ. I. 5. §. 7. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 2, §. 210. Andere hierher gehörige Belege s. bei Grupen l. c. §. 13. p. 99 sq.

341) Harpprecht, Disp. de separatione liberorum familias ab oeconomia paterna. Tubing. 1689. (in Eiusd. Dissertat. academ. Vol. I. Diss. III.) §. 25. Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 440. Die abweichende Meinung von Voet, Comm. ad Pand. Lib. I. Tit. 7. §. 15. erklärt sich daraus, daß er mit Rücksicht auf das in den Niederlanden geltende Recht spricht, welches fortwährend die Beendigung der väterlichen Gewalt durch die Volljährigkeit der Kinder beibehalten hat. Vgl. auch Groenewegen, de legibus abrogatis ad Tit. Inst. quib. mod. ius patr. potest. solvitur (I. 12.). Introd. nr. 3. Niederländ. Gesetzb. Art. 354.

342) Oesterr. bürgerl. Gesetzb. §. 172. Auch nach dem weimar. Rechte erlischt die väterliche Gewalt mit der Volljährigkeit des Kindes, wie nicht blos daraus hervorgeht, daß nach dem Erbfolgegesetze v. 6. April 1833 §. 60 der Nießbrauch am Vermögen des Kindes mit der Volljährigkeit aufhört, sondern besonders daraus, daß nach dem Gesetze v. 1. April 1839 Nr. 4 der Vater zur Vertretung volljähriger Kinder eines ausdrücklichen Auftrages derselben bedarf. Der Code civ. art. 372. verordnet: (L'enfant) reste sous l'autorité (de ses père et mère) jusqu' à sa majorité ou son emancipation. Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Königreich Sachsen Art. 1532 stimmt damit überein. Ob die eine oder die andere Bestimmung in gesetzgeberischer Beziehung den Vorzug verdiene, darüber hat sich Bornemann, System. Darst. des preuß. Civilr. Bd. 5, S. 303 ausgesprochen, sowie auch Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 647, N. 6. Auf die Mißverhältnisse, welche dadurch entstehen, daß die Gesetzgebung den väterlichen Nießbrauch mit der Volljährigkeit des Kindes aufhören läßt und das Kind doch noch fortwährend vom Vater alimentirt wird, macht auch aufmerksam Heimbach in Ortloff's jurist. Abhandl. Bd. 1, S. 594—597.

343) Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 435 flg., besonders aber Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 647 flg.

der Ansicht der Juristen wird zur Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Anstellung eines besonderen Haushaltes erfordert: a) daß das Kind durch Treiben eines Gewerbes oder eines anderen Geschäftes sich seinen beständigen Unterhalt selbst zu verschaffen im Stande sei oder daß es wenigstens von seinem eigenen Vermögen leben könne. Eine väterliche Unterstützung, welche das Kind an Kost, Wohnung, Kleidung, Geld, Naturalien und anderen Sachen erhält, steht mit diesem Erforderniß nicht im Widerspruch. b) Das Kind muß sich von dem Haushalte der Eltern völlig absondern, mit der Absicht, eine eigene von den Eltern unabhängige Lebensart anzufangen. Dabei herrscht jedoch wieder darüber Einverständniß, daß dazu nicht das Ausziehen des abgesonderten Sohnes aus dem elterlichen Hause und getrennte Wohnung desselben in einem besonderen Hause nothwendig sei, sondern daß er auch im elterlichen Hause bleiben könne, vorausgesetzt, daß er sonst eine eigene Haushaltung und besondere Wirthschaft führt und nicht mehr den Unterhalt vom Vater erhält, ja daß die Bezahlung eines Kostgeldes von Seiten des Sohnes, welcher bei dem Vater zu Tische geht, der eigenen Haushaltung gleichstehe [344]). Eben so genügt nach der übereinstimmenden Meinung der Juristen auf der anderen Seite nicht zur Aufhebung der väterlichen Gewalt, wenn der Sohn zwar von seinem eigenen Vermögen leben kann, aber im väterlichen Hause bleibt und den Unterhalt vom Vater empfängt. Dagegen ist es bestritten, ob die väterliche Gewalt auch dann aufhöre, wenn die Söhne zwar das elterliche Haus verlassen und von den Eltern keinen Unterhalt mehr bekommen, aber keinen besonderen Haushalt anlegen, sondern als Dienstboten, Soldaten, Handlungsgehilfen oder Handwerksgesellen sich ihren Unterhalt verschaffen; die Meisten leugnen jedoch die Aufhebung der väterlichen Gewalt in diesem Falle [345]). c) Sehr streitig ist die Frage, ob zur Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Anlegung eines besonderen Haushaltes ein bestimmtes Alter des Sohnes verlangt werde? Die Meisten verlangen ein solches Alter, Andere hingegen halten es nicht für erforderlich [346]). Von den Ersteren

---

344) Harpprecht l. c. §. 30—33. Berger, Oecon. iur. Lib. I. Tit. 3. th. 16. Glück a. a. O. S. 438.

345) So Harpprecht l. c. §. 23. n. 137. §. 27. Berger l. c. Wernher, Observ. for. T. I. P. I. Obs. 9. Stryk, Usus mod. Pand. Lib. I. Tit. 7. §. 19. Hommel, Rhaps. Quaest. Vol. I. Obs. 162. Glück a. a. O. S. 441 flg. Die entgegengesetzte Ansicht hat unter den Aelteren namentlich Moller, Comm. in Constit. August. II. 10. nr. 9., unter den Neueren besonders J. Weiske, Abhdl. aus dem Gebiete des teutschen Rechtes S. 49.

346) Wie Stryk, Usus mod. Pand. Lib. I. Tit. 7. §. 19. Mittermaier, Grundſ. des teutschen Privatr. §. 373 (6. Ausg.) erklärt die Volljährigkeit des Sohnes zwar für keine Bedingung dieser Aufhebungsart, allein für insoweit wirksam, daß der Vater die selbstständige Niederlassung des Sohnes, welcher sich absondern will, nicht hindern kann, wogegen der minderjährige Sohn, wenn er auch eigene Haushaltung anlegt, den Vater nicht zur Einwilligung in die Aufhebung der Gewalt nöthigen könne, aber als aus der Gewalt entlassen erscheine, wenn er es mit Einwilligung des Vaters thue. Damit stimmen auch Walter,

verstehen einige der älteren Juristen unter diesem Alter die plena pubertas, also das Alter von 18 Jahren [347]), andere, und zwar die Meisten, die römische Volljährigkeit von 25 Jahren [348]). Alle stimmen aber darin überein, daß da, wo im Partikularrechte ein anderer als der im römischen Rechte bestimmte Volljährigkeitstermin gilt, dieser hier maßgebend sei [349]), und daß die erlangte Großjährigkeitserklärung in dieser Beziehung mit der wirklich erreichten Volljährigkeit gleiche Kraft habe. d) Es ist endlich auch bestritten, ob ein Sohn, welcher jenes Alter erreicht hat, zur Anlegung eines besonderen Haushaltes der Einwilligung des Vaters bedürfe [350]) oder ob er einen besonderen Haushalt selbst wider dessen Willen anlegen dürfe [351]). Die Verschiedenheit der Ansichten ist aber in dieser letzteren Beziehung in der That bloß scheinbar, indem die Vertheidiger der ersteren die Möglichkeit der Ertheilung stillschweigender Einwilligung so wie der Ergänzung derselben durch den Richter, wenn sie der Vater ohne erhebliche Gründe verweigert, zugeben, und die Anderen Widerspruch des Vaters aus erheblichen Gründen, worüber nöthigenfalls der Richter zu entscheiden habe, zulassen. Uebrigens nehmen diejenigen, welche kein bestimmtes Alter des Sohnes zur Anlegung eines besonderen Haushaltes verlangen, meistens an, daß bei einem minderjährigen Sohne die Gestattung der Anlegung eines besonderen Haushaltes von der Willkür des Vaters abhänge, daß hingegen bei einem volljährigen Sohne ein Recht des Vaters, die Anlegung eines besonderen Haushaltes zu hindern, auf erheblichen, nöthigenfalls der richterlichen Prüfung und Beurtheilung zu unterwerfenden Gründen beruhen müsse [352]). Daß man, während dem älteren teutschen Rechte die Anstel-

---

teutsches Privatrecht §. 101. Gerber, teutsches Privatrecht §. 242 und Andere überein.

347) Harpprecht l. c. §. 20.

348) Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 10. Def. 1. Philippi, Usus pract. Institut. Iustin. Lib. I. Tit. 12. Eclog. 77. n. 4. Thomasius, Diss. de quasi emancipatione Germanorum (Hal. 1703) §. 62. Hommel, Rhaps. Quaest. Vol. V. Obs. 667. nr. 4. Glück a. a. O. Bd. 2, S. 437.

349) So in den Ländern sächsischen Rechtes die sächsische Volljährigkeit von 21 Jahren. Const. elect. Saxon. v. 1572 P. II. Const. 10. und Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 10. Def. 1. nr. 5—7., nach dem preuß. Landr. Th. II, Tit. 2, §. 210 die dort bestimmte Volljährigkeit von 24 Jahren.

350) Die Einwilligung des Vaters verlangen namentlich Stryk l. c. Lib. I. Tit. 7. §. 20. Schott, Einl. in das Eherecht §. 192.

351) Dies nehmen an: Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 10. Def. 1. nr. 4. Harpprecht l. c. §. 18. 50. Hommel, Rhaps. Quaest. Vol. V. Obs. 667. nr. 2. Glück a. a. O. Bd. 2, S. 439 flg. Beseler, teutsches Privatr. §. 155 und alle sächsischen Juristen, namentlich Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 93. Heimbach, Lehrbuch des partik. Privatrechtes der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Staaten §. 113. Diese Ansicht hat auch in dem Cod. Maxim. Bavar. civ. I. 5. §. 7. und im preuß. Landr. Th. II, Tit. 2, §. 211, 213 Anerkennung gefunden.

352) Hommel, Rhaps. Quaest. Vol. V. Obs. 667. nr. 2. 4. Eichhorn, Einl. in das teutsche Privatr. §. 316.

lung eines besonderen Haushaltes als Beendigungsart der väterlichen Gewalt ganz unbekannt ist, später sie so allgemein als solche anerkannt und dagegen die ältere Beendigungsart der väterlichen Vormundschaft durch erlangte Volljährigkeit des Kindes ganz aufgegeben hat, ist mit Kraut wohl daraus zu erklären, daß nach der Reception des römischen Rechtes es sehr nahe lag, daß die Juristen das römische Institut der patria potestas weniger in der väterlichen Vormundschaft als vielmehr in dem Verhältniß der Abhängigkeit, in welchem der im Hause des Vaters lebende und von demselben unterhaltene Sohn sich befindet, wieder zu erkennen glaubten, welche Abhängigkeit aber natürlich erst durch den Austritt des Sohnes aus dem väterlichen Hause und dessen vollständige eigene Wirthschaftseinrichtung aufhörte. Dazu kommt noch, daß dasjenige der vom Vater nach der älteren Ansicht vermöge seiner Vormundschaft über die Kinder, nach der späteren vermöge der väterlichen Gewalt über sie ausgeübten Rechte, welches am häufigsten der richterlichen Beurtheilung unterworfen wird, sein Recht am Vermögen der Kinder, besonders das ihm an demselben zustehende Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht immer erst mit der Absonderung der Kinder aufhörte, welche in der Regel erst stattfand, wenn die Kinder das väterliche Haus verließen, weshalb sich diejenigen, welche diese Beendigungsart der väterlichen Gewalt schon im älteren teutschen Rechte zu finden glauben, meistens auf den Sachsenspiegel [353]) berufen. Die Betrachtung des Zeitpunktes des Austrittes der Kinder aus dem väterlichen Hause als desjenigen, mit welchem die väterliche Gewalt über die Kinder erlösche, war den Ansichten der Juristen um so entsprechender, als die strengen Grundsätze von der römischen Emancipation einmal mit den teutschen Sitten unvereinbar waren und der Austritt des Kindes aus dem väterlichen Hause, da er doch in der Regel mit Zustimmung des Vaters geschah, wenn auch nicht der Form nach, so doch der Sache nach Aehnlichkeit mit der römischen Emancipation zu haben schien, daher man auch hier von einer emancipatio tacita oder quasi emancipatio sprach [354]). Aus demselben Grunde ließ man sich durch die bisweilen vorkommenden Fälle der Absonderung der Kinder schon vor ihrem Austritt aus dem elterlichen Hause in der einmal gefaßten Ansicht nicht wankend machen, um so weniger, da auch in diesen Fällen das väterliche Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs oft unverändert blieb oder doch seine übrigen Rechte über das Kind in der Art fortdauerten, daß Niemand

---

353) Sächs. Landr. B. 1, Art. 11.

354) Die Ansicht älterer Juristen (siehe die bei Berlich, Conclus. pract. P. II. Concl. 11. nr. 24. Angeführten), welche auch hierbei die Form der Emancipation insoweit gewahrt wissen wollten, daß sie die Beendigung der väterlichen Gewalt durch die Anlegung eines besonderen Haushaltes und die damit verbundene Absonderung der Güter nur dann annahmen, wenn die letztere vor Gericht geschehen war, ist durch Const. elect. Saxon. 10. P. II. v. 1572 ausdrücklich verworfen worden.

die väterliche Gewalt jetzt schon als erloschen betrachten konnte. Anstößiger mußte es sein, daß nach vielen Rechten die Kinder nicht, wie nach anderen, besonders nach dem sächsischen Rechte, bei ihrem Austritt aus dem väterlichen Hause, sondern nur im Falle der Wiederverehelichung des Vaters oder auch bei seinem Leben gar nicht, Abtheilung von ihm verlangen konnten. Allerdings erkannten deshalb eine Zeitlang Manche die Anstellung eines besonderen Haushaltes nicht als eine gemeinrechtliche Beendigungsart der väterlichen Gewalt in Teutschland an, sondern betrachteten dies als eine Eigenthümlichkeit des sächsischen Rechtes oder auch wohl noch des einen oder anderen Partikularrechtes [355]) und nennen daher diese Beendigungsart auch wohl emancipatio Saxonica. Allein der große Einfluß der kursächsischen Constitutionen von 1572, welche ausdrücklich von dieser Beendigungsart der väterlichen Gewalt handelten, auf das Recht anderer Länder, sowie das große Ansehen, welches die Meinungen der sächsischen Juristen, wenn sie sich auch zunächst nur auf das eigenthümlich sächsische Recht bezogen oder sich an dasselbe anschlossen, in ganz Teutschland hatten, führten bald zur allgemeinen Anerkennung dieser Beendigungsart der väterlichen Gewalt, besonders da man die Unmöglichkeit der Anwendung der strengen Grundsätze des römischen Rechtes über die Emancipation in Teutschland fühlte und hier vielmehr eigenthümliche Grundsätze über die Beendigung der väterlichen Gewalt als geltend vorfand und eigenthümlich teutsches und sächsisches Recht eine Zeitlang beinahe für gleichbedeutend gehalten wurde. Aus dieser Geschichte der Entstehung dieser Beendigungsart der väterlichen Gewalt erklärt sich auch die große Unbestimmtheit der Meinungen der älteren Juristen über deren Erfordernisse, sowie die erst allmälige Ausbildung einer festeren, aber auch jetzt noch in einigen Punkten schwankenden Theorie darüber [356]). — Bei der Erörterung der in dem Obigen angegebenen Streitpunkte ist zuvörderst die wichtigste Frage zu betrachten, ob der Sohn ein bestimmtes Alter erreicht haben müsse, um durch Anstellung eines besonderen Haushaltes die väterliche Gewalt

---

355) Wie dies auch von den meisten sächsischen Juristen geschieht, namentlich von Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 10. Def. 1. Eine andere Stelle aus Stamms, de servitute personali (ed. 3. Frcf. 1699.) Lib. I. Cap. 1. p. 12. 13., wo derselbe die Beendigung der väterlichen Gewalt durch Anstellung eines besonderen Haushaltes als in den sächsischen Ländern, Würtemberg, Frankfurt a. M. herkömmlich anführt, daneben aber doch noch gedenkt, daß in den meisten anderen Gegenden und Orten Teutschlands durch Statut oder Gewohnheit dasselbe eingeführt sei, ist abgedruckt bei Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 653, N. 21.

356) Besonders verbreitet sich über Obiges Schütze, Diss. sistens origines et fata doctrinae de egressu liberorum ex potestate parentum ex fontibus iuris Germanici eruta (Gotting. 1796) §. 25—30. Er betrachtet wohl nicht mit Unrecht die kursächsische Const. 10. P. II. als die eigentliche Quelle der heutigen Doctrin über die Beendigung der väterlichen Gewalt durch Anstellung eines besonderen Haushaltes, fehlt aber darin, daß er diese Beendigungsart der väterlichen Gewalt als rein partikularrechtlich ansieht, indem vielmehr jetzt solche bei Allen als gemeinrechtlich gilt.

aufheben zu können und welches dieses Alter sei. Von den älteren sächsischen Juristen, welche zuerst vorzugsweise die Lehre von dieser Beendigungsart der väterlichen Gewalt ausgebildet haben, wird der erste Theil der Frage einstimmig bejaht und als das erforderliche Alter die Volljährigkeit des Sohnes im Sinne der sächsischen Rechtsbücher des Mittelalters, also ein Alter von 21 Jahren betrachtet. Als Grund davon wird eines Theils angegeben, daß der Sohn die Absonderung vom Vater nach dem Sachsenspiegel nicht früher verlangen könne, anderen Theils und vorzüglich, daß die kursächsische Const. 10. P. II. dabei ausdrücklich von Kindern, welche „zu ihren mündigen Jahren" gekommen sind, spricht und unzweifelhaft darunter solche zu verstehen sind, welche die sächsische Volljährigkeit erlangt haben. Auch konnten sie kaum eine Veranlassung zu der Beantwortung der Frage haben, ob vor Erreichung dieses Alters eine Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Anstellung eines besonderen Haushaltes von Seiten des Sohnes überhaupt unmöglich sei oder unter gewissen Voraussetzungen zuzulassen sei, da selten ein Jüngling schon vor seinem 21. Jahre einen eigenen Haushalt anzulegen beabsichtigen wird und ihm auch nach dem älteren Rechte bis dahin überhaupt die bürgerliche Selbstständigkeit abging. Von den übrigen teutschen Rechten, so lange nach ihnen die Volljährigkeit noch früher eintrat, als nach dem Sachsenrechte, gilt dasselbe noch mehr. Wichtig mußte aber jene Frage seit Annahme der römischen Volljährigkeit von 25 Jahren werden, indem es nun oft unnatürlich erscheinen mußte, wenn der Sohn vor diesem Alter entweder überhaupt keinen besonderen Haushalt anlegen oder doch im Falle der Anlegung eines solchen die väterliche Gewalt über ihn bis zur Volljährigkeit fortdauern sollte, was auch im Widerspruch mit der bisherigen Sitte stand. Dies veranlaßte wohl die Behauptung Einiger, daß zur Anstellung eines besonderen Haushaltes die römische plena pubertas, also ein Alter von 18 Jahren des Sohnes genüge; eine Meinung, der es jedoch an allem inneren Grunde fehlt und welche seit langer Zeit schon aufgegeben worden ist. Weit consequenter war die Meinung Anderer, welche Emancipation des minderjährigen Sohnes verlangten, wenn der Vater ihm die Möglichkeit, selbstständig zu leben, verschaffen wollte, nur daß Manche hierzu nicht immer eine förmliche Emancipation forderten, sondern die ausdrücklich erklärte Einwilligung des Vaters in die Anstellung eines besonderen Haushaltes von Seiten des Sohnes für hinreichend hielten [357]). Erkennt man aber die Form der Emancipation in diesem Falle nicht für nöthig an, so ist, wie Kraut mit Recht bemerkt, kein Grund vorhanden, warum nicht die stillschweigende Einwilligung des Vaters eben so wirksam sein sollte, wie die ausdrücklich erklärte. Unseres Erachtens würde selbst dem bloßen

357) Hommel, Rhaps. Quaest. Vol. V. Obs. 667. nr. 4.: volente patre etiam minores emancipantur (nämlich durch Anstellung eines besonderen Haushaltes) modo expressus adsit, non tacitus, non praesumtus aut fictus consensus.

Stillschweigen des Vaters, welcher darum weiß, daß der minderjährige Sohn einen besonderen Haushalt anlegt, vorausgesetzt, daß die übrigen Bedingungen dazu vorliegen, dieselbe Bedeutung beizumessen sein, wie einer durch schlüssige Handlungen erklärten Einwilligung, z. B. dadurch, daß der Vater diejenigen, welche mit dem Sohne ein Geschäft abgeschlossen haben und deswegen an den Vater sich halten wollen, an den Sohn verweist. Denn in einem solchen Falle liegt eine Verbindlichkeit des Vaters zum Widerspruch vor und derselbe kann sich nicht für beschwert erachten, wenn er bei nicht erfolgtem Widerspruch als einwilligend angesehen wird, zumal auch schon nach dem römischen Rechte, wie früher bemerkt wurde, dem blos leidenden Verhalten des Vaters dem Sohne gegenüber, welcher sich als paterfamilias gerirt, Bedeutung in Bezug auf die Frage, ob die väterliche Gewalt noch bestehe oder nicht, eingeräumt wird [358]. Daß man bei einem volljährigen Sohne eine Einwilligung des Vaters in die Anstellung eines besonderen Haushaltes nicht für erforderlich erachtete, findet darin seine Erklärung, daß ein solcher in Teutschland von jeher entweder die Absonderung von dem Vermögen und Hauswesen des Vaters oder doch wenigstens die Absonderung vom Hauswesen allein verlangen konnte und an diese Absonderung sich die Ansichten der Juristen von der Beendigung der väterlichen Gewalt durch Anstellung eines besonderen Haushaltes anschlossen. Geht man aber hiervon aus, so kann consequenter Weise bei volljährigen Söhnen überhaupt keine eigentliche Einwilligung des Vaters zur Anstellung eines besonderen Haushaltes von Seiten des Sohnes verlangt, sondern dem Vater nur ein Recht des Widerspruches, auf hinreichende Gründe gestützt, verstattet werden. — Das Resultat ist, daß unseres Erachtens nach gemeinem Rechte ein volljähriger Sohn zur Anstellung eines besonderen Haushaltes der Einwilligung des Vaters nicht bedarf, wohl aber ein minderjähriger. Da es indessen bedenklich ist, es lediglich von der Willkür des Vaters abhängig zu machen, wenn er einem minderjährigen Sohne sich selbstständig zu machen gestatten will, so erklärt sich daraus die Bestimmung eines gewissen Alters des Sohnes in einzelnen neueren Gesetzgebungen, vor welchem selbst mit Einwilligung des Vaters demselben die Anlegung eines besonderen Haushaltes mit der Wirkung, daß dadurch die väterliche Gewalt beendigt wird, nicht verstattet sein soll [359]. — Was ferner die Frage anlangt, ob der Sohn, wenn er durch Anlegung eines besonderen Haushaltes aus der väterlichen Gewalt treten

---

358) L. 25. D. 1. 7. L. 1. C. de patria potest. (VIII. 46. (47.)).

359) So bestimmt das preuß. Landr. Th. II, Tit. 2, §. 214, daß ein noch minderjähriger Sohn vor dem zurückgelegten 20. Jahre, selbst mit Einwilligung des Vaters, der väterlichen Gewalt nicht entlassen werden könne, und §. 215, daß nach zurückgelegtem 20. Jahre und bis zur Volljährigkeit des Sohnes der Vater zur Entlassung des Sohnes aus seiner Gewalt nicht genöthigt werden könne. Das österreich. bürgerl. Gesetzbuch §. 174 läßt die Aufhebung der väterlichen Gewalt auch vor zurückgelegtem 24. Jahre des Kindes zu, wenn der Vater einem 20jährigen Sohne die Führung einer eigenen Haushaltung verstattet.

will, nothwendig entweder selbstständig ein Gewerbe treiben oder von seinem eigenen Vermögen leben müsse, nicht aber blos als Dienstbote, Handwerksgeselle oder Handlungsgehilfe in dem Hause eines Anderen oder als Soldat seinen Unterhalt verdienen dürfe, so ist mit Kraut und J. Weiske die Meinung derjenigen für die richtigere und consequentere zu halten, welche auch in diesen Fällen, wenn sich ergiebt, daß dieser Verdienst nicht blos vorübergehend sein werde, die längere Fortdauer der väterlichen Gewalt über den volljährigen Sohn nicht annehmen. Dies folgt daraus, daß die heutige Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Anstellung eines besonderen Haushaltes sich an die ältere Vermögensabsonderung anschließt und der volljährige Sohn diese immer verlangen konnte und gewiß auch selten zu fordern unterließ, wenn er außerhalb des väterlichen Hauses seinen Lebensunterhalt auf eine solche Weise erwarb, daß es nicht wahrscheinlich war, daß er diesen wieder vom Vater in Anspruch nehmen werde. Daß die meisten Juristen die Aufhebung der väterlichen Gewalt in diesem Falle in Abrede stellen, rührt wohl nur daher, daß, nachdem man sich einmal von dem Falle, welcher am häufigsten die Absonderung veranlaßt, der Anstellung eines besonderen Haushaltes, eine Lehre von der Aufhebung der väterlichen Gewalt gebildet hatte, man aus dem Begriffe eines besonderen Haushaltes wieder Grundsätze über die zu jener Beendigungsart gehörigen Erfordernisse ableitete, ohne an die ganz zufällige Entstehung dieser ganzen Bezeichnungsart zu denken. Es ist ferner noch zu erwägen, daß solche Personen, abgesehen von dem Abhängigkeitsverhältniß, in welchem sie durch den Dienst stehen, der täglichen Erfahrung nach sich ganz selbstständig im gewöhnlichen Verkehr bewegen, Geschäfte abschließen, Schulden contrahiren, ohne daß dabei nach der Einwilligung des Vaters gefragt wird und daß eine solche selbstständige Stellung dieser Personen bei der oft bedeutenden Entfernung ihres Aufenthaltsortes von dem Wohnorte des Vaters durch die Sicherheit des Verkehrs nothwendig geboten ist. Daß solche Personen mitunter, wenn ihnen gerade ein Unterkommen zeitweilig mangelt, wieder in das väterliche Haus zurückkehren und bis sie ein anderweites Unterkommen finden, vom Vater unterhalten werden, steht der Auflösung der väterlichen Gewalt nicht entgegen; denn dies ist eine Folge der dem Vater unabhängig von der väterlichen Gewalt obliegenden Alimentationspflicht, wie sich daraus ergiebt, daß dasselbe auch im Verhältniß zur Mutter vorkommt, der doch unbestritten keine väterliche Gewalt zusteht. Es kommt noch hinzu, daß bei den jetzigen staatsbürgerlichen Verhältnissen Viele Zeit ihres Lebens nicht zur selbstständigen Betreibung eines Gewerbes gelangen und die Annahme der Fortdauer der väterlichen Gewalt über sie, namentlich des väterlichen Nießbrauches an ihrem Vermögen mit dem teutschen Rechtsgefühl im Widerspruch stehen würde, welches die väterliche Gewalt mehr durch die Schutzbedürftigkeit des Kindes bedingt und den väterlichen Nießbrauch als ein Aequivalent für den den Kindern zu reichenden Unterhalt ansieht. — Es ist nun weiter die Frage

zu beantworten, ob auch bei Töchtern durch die Anstellung eines besonderen Haushaltes die väterliche Gewalt über sie beendigt werde. Nach dem schon früher Bemerkten sind die Meinungen darüber getheilt; indessen haben die älteren Juristen die Frage meistens bejaht [360]), während die neueren sie zum großen Theil verneinen [361]). Auch die Gesetzgebungen weichen von einander ab [362]). Mit Kraut ist aber die Meinung derjenigen, welche die Frage bejahen, vorzuziehen. In rechtlicher Beziehung läßt sich für die Verneinung derselben nur der Grund auffinden, daß man eine Unselbstständigkeit der Frauen während ihres ganzen Lebens in der Art annähme, daß sie sich niemals selbst überlassen werden könnten, also stets in bürgerlichen Angelegenheiten eines Vertreters bedürften und daß der Vater, so lange die Tochter sich nicht verheurathet habe, ihr nächster gesetzlicher Vertreter sei. Dieser Grund war aber nur so lange zutreffend, als die Geschlechtsvormundschaft noch in ihrer vollen Strenge bestand; er kann aber heutzutage bei volljährigen Mädchen nicht in Betracht kommen. Denn wo die Geschlechtsvormundschaft nicht mehr existirt, ist natürlich von einer juristischen Unselbstständigkeit solcher Mädchen nicht die Rede und wo sie noch besteht, ist ihre Gestalt seit Jahrhunderten eine so milde geworden, daß aus ihrem Bestehen die Fortdauer einer solchen Abhängigkeit vom Vater, besonders auch in Ansehung des Vermögens, wie sie durch die väterliche Gewalt begründet wird, nicht zu rechtfertigen ist. Auch für den Gesetzgeber ist die gleiche Behandlung der Töchter mit den Söhnen in dieser Beziehung rathsam [363]). — Die Verheurathung der Töchter, welche schon seit

---

360) Wie Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 10. Def. 1. nr. 3. Harpprecht, Disp. de separatione liberorum familias ab oeconomia paterna. Tubing. 1689. (in Eiusd. Dissert. academ. Vol. I. Diss. III.) §. 19. n. 101. §. 39. n. 176. Hommel, Rhaps. Quaest. Vol. V. Obs. 667. n. 30. Höpfner, Comment. zu den Institut. §. 164, Nr. 4. Glück a. a. O. Bd. 2, S. 442 stellt es zwar als unzweifelhaft hin, daß auch Töchtern durch Anstellung eines besonderen Haushaltes von der väterlichen Gewalt frei werden können, behauptet jedoch, daß der Fall bei ihnen seltener vorkomme, indem Eltern ihre erwachsenen Töchter nicht leicht eher ihrer Aufsicht entlassen würden, als bis sie der Aufsicht eines Mannes anvertraut werden könnten.

361) Von den älteren Juristen wird die Frage verneint von Koenig, Disp. de tacita eaque particulari emancipatione iure domestico fundata (Viteb. 1724.) §. 18. Eichmann, Erklärungen des bürgerliches Rechtes (Berlin u. Stralsund. 5 Thle. 1779—1799) Th. 3, S. 431. Neuere Juristen, welche die Frage verneinen, sind unter Anderen Eichhorn, Einl. in das teutsche Privatrecht §. 316. Mittermaier, Grunds. des teutschen Privatrechtes §. 373. 6. Ausg. Walter, teutsches Privatrecht §. 101, wogegen Gerber, teutsches Privatrecht §. 242, N. 5. Beseler, System des teutschen Privatrechtes §. 135 sie bejahen.

362) Die kursächs. Const. 10. P. II. spricht von Kindern überhaupt, erkennt also diese Aufhebungsart der väterlichen Gewalt bei beiden Geschlechtern an. Dagegen bestimmt das preuß. Landr. Th. II, Tit. 2, §. 230: Eine unverheurathete Tochter kann, auch wenn sie großjährig sind, nicht anders als ausdrückliche Erklärung der väterlichen Gewalt entlassen werden.

363) Die Gründe dafür sind erörtert von Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 659 flg.

Abkommen des Brautkaufes immer die väterliche Vormundschaft beendigte, sollte nach Einführung des römischen Rechtes zufolge der Meinung einiger Juristen nur als Beendigungsart der väterlichen Gewalt gelten, wenn die Anstellung eines besonderen Haushaltes hinzukomme[364]), eine Meinung, welche auch einzelne Partikularrechte angenommen haben[365]). Nach der Behauptung der Meisten aber tritt die Tochter, ohne Rücksicht hierauf, durch ihre Verheurathung aus der väterlichen Gewalt hinaus und diese Meinung ist jetzt die allgemein, namentlich von allen Germanisten, angenommene, und der von ihnen vertheidigte Grundsatz der gemeinrechtliche. Nur darin findet sich noch eine Abweichung der Meinungen, daß nach der Ansicht Einiger durch die Verehelichung der Tochter die väterliche Gewalt über sie nicht völlig beendigt, sondern nur während der Dauer der Ehe suspendirt wird und daher die Tochter nach Trennung der Ehe wieder unter die väterliche Gewalt zurückfallen soll[366]), während die Meisten die Verheurathung als eine völlige Beendigung der väterlichen Gewalt für immer ansehen[367]). Bei der Frage nach dem heutzutage vorhandenen inneren Grunde der Beendigung der väterlichen Gewalt durch Verheurathung der Tochter ist von dem allerdings am häufigsten vorkommenden Falle, wo die Verheurathung zugleich mit dem Austreten aus dem väterlichen Haushalt und mit dem Eintritt in den Haushalt des Ehemannes verbunden ist, ganz abzusehen, weil man in diesem Falle nicht in der Verheurathung an und für sich, sondern nur in dem letzteren Umstande den eigentlichen Grund der Aufhebung der väterlichen Gewalt zu finden geneigt sein könnte. Die Frage ist daher

---

364) Zobel, Addit. Lit. f. zum sächs. Landr. B. 1, Art. 31 und Lit. d. zum sächs. Landr. B. 3, Art. 45. Stryk, Usus mod. Pandect. Lib. I. Tit. 7. §. 13.

365) Z. B. Cod. Maxim. Bavar. civ. I. 5. §. 7.

366) Wie Boehmer, Ius Eccl. Protest. T. III. Lib. 4. Tit. 2. §. 12. und ältere Juristen, welche bei Berlich, Conclus. pract. P. II. Concl. 11. nr. 52. und Harpprecht l. c. §. 51. genannt sind. Diese Ansicht ist in Bezug auf minderjährige verheurathete Töchter im österreich. bürgerl. Gesetzb. §. 175 angenommen. Blos in Beziehung auf Töchter, welche nach aufgelöster Ehe in das väterliche Haus zurückkehren, nimmt das Wiederaufleben der väterlichen Gewalt an Sachse, Großh. sächs. Privatrecht §. 170.

367) Mevius, ad ius Lubec. I. 3. rubric. nr. 26. Berlich l. c. Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 10. Def. 2. Harpprecht l. c. §. 52. Voet, Comm. ad Pand. Lib. I. Tit. 7. §. ult. Pufendorf, Obs. iur. univ. T. I. obs. 99. und die von demselben §. 10 angeführten Schriftsteller. Hommel, Rhaps. Quaest. Vol. V. Obs. 667. nr. 29. Crell, Diss. de filia vidua ad patrem reversa. Viteb. 1754. (Dissert. Crellianae Fasc. XI. nr. XCVI. p. 1811—1826.) besonders §. 5. Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 443. Haubold, Lehrbuch des kgl. sächs. Privatrechtes §. 94. Heimbach, Lehrb. des partikul. Privatrechtes der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Staaten §. 113, N. 5. Heimbach, Erörterungen aus dem sächs. Civilrechte und Civilprocesse Bd. 1, Nr. VII, S. 31 flg. Kraut a. a. O. Bd. II, S. 660 flg. Hiermit stimmt auch das preuß. Landr. Th. II, Tit. 2, §. 228 vgl. mit Bornemann, preuß. Civilrecht (Ausg. 2.) Bd. 5, S. 309 überein.

vorzugsweise die, warum man mit der Verehelichung der Tochter auch dann, wenn sie nach derselben im väterlichen Hause bleibt, ja selbst wenn ihr Ehemann in einem Abhängigkeitsverhältniß von ihrem Vater, z. B. als Handlungsgehilfe desselben, lebt, die Beendigung der väterlichen Gewalt als verbunden ansehen müsse? Im älteren teutschen Rechte beruhte dies darauf, daß die Frau durch die Verehelichung immer unter die Vormundschaft ihres Ehemannes gelangte und mit dieser die Fortdauer der väterlichen Vormundschaft sich nicht vertrug. Derselbe Grund findet auch noch heutzutage statt, wo die eheliche Vormundschaft gilt [368]). Wo sich aber die eheliche Vormundschaft nicht erhalten hat, kann man den Grund im römischen Rechte nicht suchen, da nach diesem gerade umgekehrt die Tochter durch die Verheurathung allein, ohne hinzugetretene Emancipation, aus der väterlichen Gewalt nicht heraustritt. Der Grund könnte daher nur darin gesetzt werden, daß nach den teutschen Ansichten von der Ehe und den dadurch begründeten Rechten des Ehemannes über die Ehefrau die Fortdauer der väterlichen Gewalt über sie unverträglich sei. Es läßt sich dies aber nicht wohl nachweisen. Kraut hält den Grund, warum auch heutzutage die Verheurathung der Tochter die väterliche Gewalt über sie aufhebt, für einen blos äußerlichen und darin liegend, daß, während die Grundsätze des älteren Rechtes über die eheliche Vormundschaft gelten, einmal der Grundsatz, daß mit der Verheurathung der Tochter die Aufhebung der väterlichen Gewalt verbunden sei, so fest in der Ueberzeugung des Volkes begründet war, daß er in dieser als eine selbstständige Rechtsregel fortdauerte, als sein ursprünglicher Grund längst weggefallen war. Man muß diesen Grund als richtig anerkennen. Denn auch die Gütergemeinschaft unter Ehegatten und das während der Ehe in Folge derselben mehr oder minder beschränkte Dispositions- und Verwaltungsrecht des Ehemannes beruht ja auch meistentheils auf Erweiterungen seines ursprünglich im Mundium begriffenen Rechtes. Hält man sich aber hieran, so ist auch zu behaupten, daß die Tochter nach Auflösung der Ehe nicht wieder unter die väterliche Gewalt zurückfalle. Ob auch bei Söhnen durch ihre Verheurathung allein, auch wenn sie nicht mit der Anstellung eines besonderen Haushaltes verbunden ist, die väterliche Gewalt aufhöre, ist eine unter den älteren Juristen, mit Ausnahme der sächsischen, da in den Ländern sächsischen Rechtes das Gegentheil feststand, bestrittene Frage [369]), während

---

368) So in den Ländern sächsischen Rechtes. Vgl. Haubold und Heimbach a. d. a. O.

369) Bejaht wird sie von Brunnemann, ad L. 1. C. de patria potest. Lyncker, Respons. Vol. I. resp. 61. nr. 14. Besold. Consil. 44. nr. 4. Mevius, ad ius Lubec. I. 3. rubric. nr. 25. Orth, Anmerk. zur Frankf. Reform. S. 75 flg. Verneint wird sie von Harpprecht l. c. §. 24. Berger, Oeconom. iur. Lib. I. Tit. 3. th. 16. Stryk, Usus mod. Pandect. I. 7. §. 22. Ueber das sächsische Recht siehe Berlich, Conclus. pract. P. II. concl. 11. nr. 49. Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 10. Def. 3.

die neueren sie verneinen[370]). Für die Bejahung der Frage scheinen uns aber dieselben Gründe zu sprechen, welche für die Beendigung der Altersvormundschaft durch die Verheurathung des Mündels angezogen werden können[370a]). Mehrere Partikularrechte erkennen die Verheurathung auch bei Söhnen als Beendigungsart der väterlichen Gewalt ausdrücklich an[371]). — Anlangend die Wirkungen der Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Anstellung eines besonderen Haushaltes oder durch Verheurathung, so soll nach der Ansicht Einiger die väterliche Gewalt nur in Ansehung ihrer lästigen, nicht aber auch rücksichtlich ihrer vortheilhaften Bedingungen dadurch aufhören[372]). Hiernach soll das durch diese teutschrechtlichen Beendigungsarten zur Selbstständigkeit gelangte Kind in Beziehung auf die väterliche Gewalt das Recht der Suität behalten und der Großvater den Kindern des vor ihm verstorbenen, auf diese Weise selbstständig gewordenen Sohnes pupillarisch substituiren können[373]). Es bedarf aber einer Erörterung darüber nicht, da diese Ansicht von Anderen längst gründliche Widerlegung erfahren hat[374]). Die richtige Meinung ist daher, daß durch jene teutschrechtlichen Beendigungsarten alle dem Vater vermöge seiner Gewalt über die Person und das Vermögen der Kinder zustehenden Rechte aufhören. Auf der anderen Seite lassen Manche nicht alle Wirkungen der väterlichen Gewalt bis zum Eintritt jener Beendigungsarten fortdauern, sondern manche schon mit der Volljährigkeit des Kindes aufhören, namentlich das Züchtigungsrecht des Vaters, welcher von jenem Augenblicke an seine etwaigen Beschwerden über das Betragen des Kindes bei Gericht an=

---

370) Höpfner, Comm. über die Instit. §. 163, Nr. 4. Glück a. a. O. Bd. 2, S. 399. Eichhorn, Einl. in das teutsche Privatr. §. 316. Mittermaier, Grunds. des teutschen Privatr. §. 373 (6. Ausg.). Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 663. Zweifelhaft drückt sich aus Beseler, System des teutschen Privatr. Bd. 2, §. 135. Verneint wird die Frage von Gerber, Lehrbuch des teutschen Privatr. §. 242, N. 7.

370a) Vgl. Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 172 flg. Das Nähere wird in dem Artikel Vormundschaft vorkommen.

371) Berner Handfeste v. 1218 Art. 49. Sächs. Distinct. IX, 6, 4. Stat. von Wien v. 1526. Bei Lünig, Reichsarch. Forts. S. 753. Rubr. Vogtbar Jahr u. s. w. Frankf. Reform. V, 8, §. 13—15 und Orth, Anmerk. dazu S. 75 flg. Nürnberg. Rathsdecret zur Erläut. der Reform. v. 1584 in (Ludolfi) Collect. statutor. p. 776. Die Stellen sind zum Theil abgedruckt bei Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 89, N. 10 und S. 663, N. 36. Auch der Code civil art. 476. bestimmt dasselbe.

372) Grupen, Discept. for. Cap. 2. membr. 3. p. 205. Pufendorf, Obs. iur. univ. T. III. Obs. 1. §. 7.

373) Der Hauptvertheidiger dieser Ansicht ist I. H. Boehmer, Diss. de statu liberorum sui iuris factorum per separationem et nuptias (Eiusd. Exercit. ad Pand. T. I. p. 913 sq.) besonders §. 12 sq. Andere, welche ihm beipflichten, siehe bei Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 664, N. 38.

374) S. besonders Grupen l. c. p. 205—249. Andere Schriftsteller siehe bei Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 455, N. 65.

bringen müsse [375]). Auch soll nach Einigen der Nießbrauch des Vaters am Vermögen der Kinder immer mit ihrer Volljährigkeit aufhören [376]) und nach der Behauptung Anderer soll wenigstens der Erwerb, welchen der volljährige Sohn durch seine Arbeit oder durch Schenkungen macht, der eigenen Verfügung des Sohnes überlassen bleiben [377]). Wenn man aber einmal die bloße Volljährigkeit des Kindes nicht als Beendigungsart der väterlichen Gewalt anerkennt, so ist auch kein rechtlicher Grund vorhanden, einzelne Wirkungen dieser Gewalt schon vor ihrer völligen Aufhebung aufhören zu lassen, wenn nicht das Partikularrecht es ausdrücklich bestimmt [378]). Ob das sog. praemium emancipationis, nämlich die Hälfte des Nießbrauches an den Adventitien, welches der Vater im Falle der freiwilligen Emancipation des Kindes nach römischem Rechte beanspruchen kann, ihm auch in Teutschland zukomme, ist bestritten. Von Einigen wird diese Frage allgemein bejaht [379]); nach Anderen soll das praemium emancipationis dem Vater nur im Falle der ausdrücklichen Emancipation zukommen, nicht aber bei dem Eintritt der teutschrechtlichen Beendigungsarten der väterlichen Gewalt [380]); noch Andere leugnen die Anwendbarkeit des praemium emancipationis in Teutschland völlig [381]). Die erste Meinung ist entschieden zu verwerfen, da sie sich darauf gründet, daß die gedachten teutschrechtlichen Beendigungsarten eine tacita emancipatio enthielten, eine solche auch im römischen Rechte vorkomme und bei ihr der Vater jenes praemium eben so gut beanspruchen könne, wie bei der ausdrücklichen. Abgesehen davon, daß nach der richtigeren Ansicht eine solche stillschweigende Emancipation im römischen Rechte nicht zu finden ist, würde sich solche, wenn sie dort vorkäme, durch die Einwilligung des Vaters, welche dabei als nothwendig vorausgesetzt wird, immer wesentlich von den teutschrechtlichen Beendigungsarten,

---

375) Globig, über die Gründe und Grenzen der väterlichen Gewalt S. 123.

376) Wie z. B. Sachse, Handb. des großh. sächs. Privatrechtes §. 171 behauptet. Diese Ansicht hat auch in mehreren Gesetzen der Länder sächs. Rechtes Anerkennung gefunden. Weim. Erbfolgegesetz v. 6. April 1833 §. 60. Altenb. Erbfolgegesetz v. 6. April 1841 §. 66. Sondersh. Successionsordnung v. 8. Dec. 1829 §. 143. Reuß. Greiz. Erbfolgegesetz v. 22. Jan. 1841 §. 60. Reuß j. L. Erbfolgegesetz v. 10. Dec. 1853 §. 61.

377) Globig a. a. O. S. 122.

378) Beispiele solcher Partikularrechte siehe in Note 376.

379) Z. B. von Leyser, Medit. ad Pand. Spec. CLXIV. med. 5. Puchta, Pand. §. 445.

380) Berger, Oecon. iur. Lib. II. Tit. 2. §. 33. not. q. Pufendorf, Obs. iur. univ. T. I. Obs. 98. §. 17. Hombergk zu Vach, Diss. de bonis adventitiis liberis sui iuris factis a patre restituendis, nec non de praemio emancipationis hodie cessante vel non cessante. Marb. 1756. §. 18 sq. Glück, Erl. der Pand. Bd. 2, S. 447 flg., 451. Thibaut, System des Pandektenr. Bd. 1, §. 389. Sintenis, gem. Civilr. §. 143, N. 24, Bd. 3, S. 182.

381) Carpzov, Iurispr. for. P. II. Const. 10. Def. 5. 6. Stryk, Usus mod. Pand. Lib. I. Tit. 7. §. 26. Höpfner, Comm. über die Instit. §. 163, N. 11. (8. Aufl.)

welche eine solche Einwilligung nicht voraussetzen, unterscheiden, das praemium also bei letzteren nicht beansprucht werden können, weil solches gerade für das freiwillige Aufgeben seiner Gewalt dem Vater zukommt. Die zweite Meinung scheint mehr für sich zu haben, da sie diesen Einwand anerkennt. Die Consequenz hätte aber erfordert, daß die Anhänger derselben dem Vater das praemium nicht bloß in Fällen förmlicher Emancipation, sondern auch bei den teutschen Beendigungsarten seiner Gewalt dann verstatteten, wenn die Aufhebung der Gewalt auf den Wunsch des Kindes geschah und der Vater solche, z. B. bei minderjährigen Kindern, hätte versagen können. Das praemium emancipationis hängt aber, wie Kraut treffend bemerkt, mit dem römischen Grundsatze, daß die väterliche Gewalt, wenn sie der Vater nicht freiwillig aufgiebt, auf seine ganze Lebenszeit fortdauert, zusammen, und dieser Grundsatz wird in Teutschland nicht anerkannt und dies wird von den Anhängern der zweiten Meinung verkannt. Die Unverträglichkeit jenes Grundsatzes mit dem teutschen Princip über das Erlöschen der väterlichen Gewalt ergiebt sich daraus, daß, selbst wenn das Kind in Teutschland durch eine eigentliche Emancipation von der väterlichen Gewalt befreit wird, die Gewalt doch auch ohnehin bei Lebzeiten des Vaters über kurz oder lang von selbst erloschen sein würde. Daher kann nur die dritte Meinung als die richtige anerkannt werden. — Daß eine durch Verheurathung aus der väterlichen Gewalt getretene minderjährige Tochter nach heutigem gemeinen Rechte keines Altersvormundes mehr bedürfe, ist nach der richtigen Meinung anzunehmen und dasselbe muß von sich verheurathenden minderjährigen Söhnen gelten [382]). Eben so muß behauptet werden, daß ein durch Anlegung eines besonderen Haushaltes aus der väterlichen Gewalt getretener minderjähriger Sohn keines Altersvormundes mehr bedürfe, vielmehr einem Mündiggesprochenen gleich stehe. Zwar treten hier nicht alle die Gründe ein, aus welchen behauptet werden muß, daß ein minderjähriger Ehemann gemeinrechtlich keiner Altersvormundschaft unterworfen sei; es verträgt sich aber in Teutschland mit der Stellung eines, einem Hauswesen selbstständig vorstehenden Mannes, welchen der Vater selbst aus seiner Gewalt entlassen hat, nicht und ist auch von jeher in Teutschland als unvereinbar angesehen worden, daß derselbe noch unter Altersvormundschaft stehe [383]). — Wo der Grundsatz des römischen Rechtes, daß der Vater kraft seiner Gewalt den Nießbrauch an den Adventitien der Kinder habe, heutzutage nicht gilt,

---

382) Vgl. den Artikel Vormundschaft.

383) Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen Bd. 7. Erört. 38, Nr. 1, S. 99 flg. Erört. 120, S. 362 flg. Von Partikularrechten wird dies auch bestätigt, z. B. durch das preuß. Landr. Th. II, Tit. 2, §. 216. Für Lüneburg wird es bestätigt durch Hardw. a Dassel, Consuetud. Luneburg. p. 153. nr. 10. verb.: In hoc statuto, Mündig sein, wirdt verstanden von der Zeit, da es (das Kind) sein egne Haußhaltung anschlehet, oder in den Ehestandt tritt, welches nicht eben auf gewisse Jahre kan gerechnet werden.

da kann im Falle des Wahnsinnes des Vaters irgend eine Wirksamkeit der väterlichen Gewalt nicht gedacht werden [384]). Consequenter Weise lassen daher diejenigen Rechte, welche den väterlichen Nießbrauch als Folge seiner Gewalt nicht anerkennen, die väterliche Gewalt im Falle des Wahnsinnes des Vaters während der Dauer desselben außer Wirksamkeit treten [385]). Wo aber jener römische Grundsatz noch gilt, ist auch bei einem wahnsinnigen Vater kein Grund zur Abweichung vom römischen Rechte [386]).

Mit der Lehre von der väterlichen Gewalt und Vormundschaft hängt im teutschen Rechte eng zusammen die Vormundschaft der Mutter, weil auch dieser häufig die Rechte der väterlichen Gewalt beigelegt werden, und die Vormundschaft des Stiefvaters. Beide sind daher hier mit zu erwähnen und nicht bis auf den Artikel Vormundschaft zu verschieben.

A. Vormundschaft der Mutter [387]). AA. Aelteres Recht. Das Bestehen einer Vormundschaft der Mutter über die Kinder neben der des Vaters bei dessen Lebzeiten ist nicht erweislich und steht auch mit ihrem Verhältnisse zu ihrem Ehemanne in Widerspruch [388]). Nach dem Tode des Vaters legen aber allerdings nicht nur mehrere spätere Rechtsquellen [389]), sondern auch schon einige ältere teutsche Volksrechte der Mutter ausdrücklich eine Vormundschaft über die Kinder bei [390]). Es kann darunter nicht blos das Recht der elterlichen Zucht und das Recht des Beisitzes der Mutter in dem unter der Verwaltung ihres verstorbenen Mannes gestandenen Vermögen verstanden werden, wie dies wohl Manche gemeint haben [391]), sondern es wird die Vormundschaft der Mutter in den Volksrechten mit denselben Ausdrücken, nämlich tutela und potestas, wie die väterliche, bezeichnet, und es ist nicht anzunehmen, daß diese Ausdrücke das eine Mal ein anderes Verhältniß bezeichnen sollen, als das andere Mal, wozu kommt, daß in ihnen aus-

---

384) Groenewegen, de legibus abrogatis ad L. 8. §. 1. D. de his, qui sui iuris (I. 6.).

385) Z. B. Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch §. 176. Auch nach dem preuß. Landr. Th. II, Tit. 2, §. 261 ist die väterliche Gewalt, wenn der Vater in Raserei oder Blödsinn verfallen ist, suspendirt und nach §. 265 erlischt die väterliche Gewalt für immer, wenn die Kinder zu der Zeit, als dieselbe außer Wirkung gesetzt wurde, schon volljährig waren oder es in der Zwischenzeit wurden.

386) Stryk, Usus mod. Pand. I. 6. §. 5. Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 669.

387) Vgl. besonders Kraut a. a. O. §. 111, 112, Bd. 2, S. 669—690.

388) Daß die Befugnisse, welche sonst in der Vormundschaft enthalten sind, und der Vater nach einigen älteren Rechten doch nur in Gemeinschaft mit der Mutter ausüben kann, in diesen Rechten in der That nicht als Ausflüss. der Vormundschaft betrachtet werden, zeigt Kraut a. a. O. S. 669 flg.

389) Z. B. Frankf. Stadtrecht v. 1297 §. 28.

390) Lex Burgund. 59. und 85. 1. Lex Wisigoth. IV. 2. 13. IV. 3. 3.

391) Z. B. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. 1, §. 55.

drücklich gesagt wird, daß die Mutter, wenn sie nach des Vaters Tode die Vormundschaft ihrer Kinder übernehmen wolle, allen Schwertmagen derselben vorgehen solle, welche, wenn die Mutter keine eigentliche Vormundschaft hätte, nicht hätten durch dieselbe ausgeschlossen werden können. Die erwähnten Volksrechte gehören aber zu denjenigen, welche viel aus dem römischen Rechte geschöpft haben, daher die Vermuthung nahe liegt, daß das, was sie von der Vormundschaft der Mutter sagen, dem römischen Rechte entnommen sein könne; eine Vermuthung, welche dadurch noch wahrscheinlicher wird, daß sie der Mutter die Vormundschaft nur unter der auch im römischen Rechte enthaltenen Bedingung, daß sie nicht wieder heurathe, verstatten. Dieser Grund wird aber wieder dadurch entkräftet, daß, wenigstens nach dem älteren westgothischen Rechte, auch der Vater die Vormundschaft über die Kinder im Falle seiner Wiederverehelichung verlor [392]). Die mütterliche Vormundschaft scheint aber schon deshalb für kein echt teutsches Institut gehalten werden zu können, weil nicht nur die übrigen Volksrechte keine Spur von ihr enthalten, sondern auch der Sachsenspiegel und selbst der Schwabenspiegel, welcher letztere doch schon so vieles aus dem römischen Rechte entlehnt hat, sie nicht kennen [393]). Zwar haben, was den Sachsenspiegel anlangt, nicht nur mehrere Juristen [394]), sondern auch schon der Glossator desselben im Sächs. Landr. B. 1, Art. IV. die Vormundschaft der Mutter zu finden geglaubt. Allein eine genauere Prüfung der Stelle ergiebt gerade das Gegentheil, nämlich daß die Mutter nicht Vormünderin ihrer Kinder wird. Denn während nach dieser Stelle der Vater den Kindern ihr Vermögen herausgeben soll, wenn sie sich nach dem Tode der Mutter von ihm scheiden, also wenn ein Grund zur Abtheilung mit ihnen eintritt, soll die Mutter dies schon sofort nach dem Tode des Vaters thun, woraus sich ergiebt, daß hier nicht angenommen wird, daß sie Vormünderin ihrer Kinder sein könne, weil sie denselben dann auch erst, wenn ein anderer Grund zur Abtheilung mit ihnen, als der Tod des Vaters eingetreten wäre, ihr Vermögen hätte herausgeben müssen. Es kommt noch Folgendes hinzu. Das mit dem Sachsenspiegel eng zusammenhängende Magdeburg. Recht und Sächsische Weichbild lassen ausdrücklich die Mutter nicht zur Vormundschaft über ihre Kinder zu [395]). Aus dem vermehrten Sachsenspiegel ergiebt sich, daß noch zur Zeit seiner Abfassung dem gemeinen Sachsen-

---

392) Nach der jetzigen Lex Wisigoth. IV. 2. 13. behält zwar der Vater, auch wenn er wieder heurathet, die Vormundschaft, allein daß dies erst neueres Recht ist, ergiebt sich aus den Supplem. Legis Wisigoth. bei Walter 1. 663. XIV. Die bezügliche Stelle ist abgedruckt bei Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 672, Note 8.

393) Vom Schwabenspiegel gehören besonders hierher Cap. 26, 52, 54, 55.

394) J. B. Schilter, Prax. iur. Rom. Exerc. 37. §. 50.

395) Magdeb. Recht v. 1304 Art. 133, 134 (bei Gaupp, das Magdeb. und Hallische Recht S. 314, 315). Sächs. Weichbild 92.

rechte die mütterliche Vormundschaft unbekannt war [396]). Ferner läßt auch die Glosse zum Sachsenspiegel die Mutter nur unter der Voraussetzung zur Vormundschaft, daß keine Schwertmagen der Kinder vorhanden sind, sei es, daß es aus zufälligen Gründen an solchen fehlt oder daß das Kind wegen unehelicher Geburt überhaupt gar keinen Schwertmagen haben kann [397]), während doch nach der Ansicht, welche die mütterliche Vormundschaft schon im Sachsenspiegel findet, die Mutter jedesmal nach des Vaters Tode Vormünderin ihrer Kinder werden soll, gleichviel, ob Schwertmagen von ihnen da sind oder nicht. Endlich wurde nach dem Zeugnisse von Zobel in den Zusätzen zu seiner Ausgabe des Sachsenspiegels zu dessen Zeit, also noch im 16. Jahrhundert, nach sächsischem Rechte die Mutter nur unter der Voraussetzung, daß sie im Testamente ihres Mannes zur Vormünderin ernannt war, zur Vormundschaft über ihre Kinder zugelassen [398]). Obgleich nun diese Gründe dringend für die Behauptung, daß die mütterliche Vormundschaft ihren Ursprung nicht im teutschen Rechte habe, sondern durch eine Einwirkung des römischen Rechtes bei den Teutschen entstanden sei, zu sprechen scheinen, so werden sie doch dadurch wieder entkräftet, daß viele, dem inneren Teutschland angehörende Rechtsquellen, deren Abfassung größtentheils in eine Zeit fällt, wo das römische Recht noch wenig auf Teutschland und namentlich auf solche Institute des Familienrechtes eingewirkt hatte, ausdrücklich von einer Vormundschaft der Mutter über ihre Kinder nach des Vaters Tode sprechen [399]). Die Zahl der älteren Rechtsquellen, denen eine mütterliche Vormundschaft bekannt ist, wird dadurch noch viel größer, wenn man auch diejenigen hierher rechnet, welche zwar von einer solchen nirgends ausdrücklich reden, aber die übrigen Verwandten der Kinder erst dann zur Vormundschaft berufen, wenn auch die Mutter nicht mehr lebt oder wenn sie sich wieder verehelicht [400]), oder unredlich mit den Kindern umgeht [401]), oder welche es von dem Willen der Mutter abhängen lassen, einen Anderen zur Vormundschaft über die Kinder zuzulassen [402]), und auch diese hierher zu zählen ist man nach dem Obigen berechtigt [403]). Hiernach muß man in Betreff der

396) Siehe das Nähere darüber bei Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 674, N. 12.

397) Glosse zum Sachsensp. I, 11 bei Gärtner S. 41, **). Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut a. a. O. S. 674, N. 13.

398) Additio b. zu Sachsensp. I, 23.

399) Viele hierher gehörige Rechtsquellen führt an Kraut a. a. O. §. 111, N. 15, Bd. 2, S. 675 flg.

400) Solche Rechtsquellen siehe bei Kraut a. a. O. Note 16, Bd. 2, S. 676 flg.

401) Z. B. Münchner Stat. v. 1347 Art. Wie lang die wittib der kind gewaltig sein soll (v. Freyberg S. 396).

402) Z. B. Herford. Stat. 49 (in Wigand, Archiv 2, 46).

403) Hinsichtlich der Auslegung des Brem. Rechtes sind anderer Meinung Donandt, Gesch. des Brem. Stadtr. Th. 2, S. 140, §. 14. Berck, Brem. Güterr. der Ehegatten S. 352.

Zulässigkeit der mütterlichen Vormundschaft schon früh eine Verschiedenheit unter den teutschen Rechtsquellen annehmen. Da, wo die Geschlechtsvormundschaft bestand, war diese, wenigstens in ihrer milderen Form, kein Hinderniß der Anerkennung der mütterlichen Vormundschaft, wie sich daraus ergiebt, daß sowohl im späteren sächsischen Rechte als in den Goslarischen Statuten beide neben einander vorkommen. Bei gerichtlichen Verhandlungen mußte auch die Mutter in Vormundschaftssachen sich eines Geschlechtsvormundes bedienen, wie namentlich im späteren sächsischen Rechte durchaus die Regel war. Eine Abweichung fand nach manchen Rechten, namentlich nach den Goslar. Statuten, in gewissen Fällen statt, wo die Frauen selbst giltig vor Gericht handeln konnten[404]). — Von den Wirkungen der mütterlichen Vormundschaft wird in den meisten Rechtsquellen gar nichts erwähnt. Bei einer Verschiedenheit derselben von denen der väterlichen Vormundschaft würde das Stillschweigen einer so ausführlichen Rechtsquelle, wie die Goslar. Statuten sind, höchst auffällig sein, so daß schon hieraus auf eine Uebereinstimmung der Wirkungen beider Arten der Vormundschaft sich schließen läßt. Dies findet auch durch das Wenige, was in den teutschen Rechtsquellen darüber sich findet, Bestätigung. Namentlich gehört hierher, daß die Rechte, welche den Vater zu einer Sicherheitsbestellung und zur Rechnungsablegung für verbindlich erklären, dieselbe Pflicht auch der Mutter auferlegen[405]). Daß dies aber nichts Ursprüngliches gewesen, sondern daß die mütterliche Vormundschaft ursprünglich das Nießbrauchsrecht am Vermögen der Kinder ebenso enthalten habe, wie die väterliche, dafür lassen sich dieselben Gründe anführen, welche bei der letzteren dafür sprechen. Die Vormundschaft der Mutter konnte sich, wie die des Vaters im älteren Rechte, nur auf die ehelichen Kinder, nicht auf ihre unehelichen erstrecken, da letztere als Echt- und Rechtlose überhaupt keinen Vormund haben konnten. Auch wurde wohl die mütterliche Vormundschaft ganz auf dieselbe Weise beendigt wie die väterliche, nur mit der Abweichung, daß erstere regelmäßig mit der Wiederverehelichung der Mutter aufhört, während dies bei der letzteren nur nach wenigen Rechten der Fall ist[406]). Hatte die Mutter bis dahin mit den Kindern ein ungetheiltes Vermögen gehabt, so mußte auch sie vor ihrer Wiederverehelichung in der Regel mit ihnen abtheilen[407]), und im Falle der Unmündigkeit der Kinder ging die Verwaltung des ihnen zugetheilten Vermögens auf ihre Vormünder über[408]), welche auch, wenn sie es für

---

404) S. Göschen, die Goslar. Statuten S. 250 flg.

405) Constit. de tutor. der Stadt Hörter v. 1376 bei Wigand, Archiv I, 3, S. 40. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 678, N. 21.

406) Rechtsquellen dieser Art führt an Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 672, N. 8. S. 679, N. 22.

407) Goslar. Stat. S. 12, Z. 5—20. Ausg. v. Göschen.

408) Goslar. Stat. S. 16, Z. 29, 30.

zweckmäßig hielten, auf die Vornahme der Abtheilung von Seiten der Mutter dringen durften und mußten[409]). Die Verpflichtung der Mutter, bei ihrer Wiederverehelichung mit den Kindern abzutheilen, ist aber nur Regel. Denn in einigen Statuten findet sich dieser Grundsatz nicht; in anderen wird wenigstens in dem Falle eine Ausnahme davon zugelassen, wenn beide über den Aufschub der Abtheilung einig sind[410]). In den Statuten, welchen die mütterliche Vormundschaft bekannt ist, wird in diesem Falle ausdrücklich von einer Fortdauer derselben auch nach der Wiederverehelichung der Mutter bis zur Abtheilung mit den Kindern gesprochen[411]). Auffälliger als dieses, wo die Mutter noch ein gemeinschaftliches Vermögen mit den Kindern hat, ist, daß nach anderen Rechten die Mutter selbst nach der Abtheilung mit ihren noch minderjährigen Kindern, die Vormundschaft über diese bis zu deren Volljährigkeit beibehalten kann[412]).

BB. Heutiges Recht. Es ist hier nicht zu erörtern, ob, wenn und unter welchen Voraussetzungen die Mutter jetzt die Vormundschaft im heutigen Sinne über ihre Kinder führen könne, indem dies einem späteren Artikel vorzubehalten ist[413]), sondern es kommt hier nur in Frage, ob die Rechte, welche heutzutage die väterliche Gewalt bilden, nach des Vaters Tode auch der Mutter zustehen. Denn im Falle der Nothwendigkeit der Bejahung dieser Frage müßte man, da dem römischen Rechte eine solche mütterliche Gewalt unbekannt ist, deren Entstehungsgrund lediglich in teutschen Rechtsansichten, welche mehr oder weniger mit den teutschrechtlichen Grundsätzen über die Vormundschaft zusammenhängen, suchen. Jene Frage wird von Mehreren bejaht[414]). Als Gründe dafür werden angeführt, daß schon ältere teutsche Rechtsquellen der Mutter bisweilen eine Gewalt über ihre Kinder beilegen[415]), daß dieses

---

409) Goslar. Stat. S. 15, Z. 19—22.

410) Goslar. Stat. S. 17, Z. 1—3. Goslar. Rechtserkenntniß bei Bruns, Beiträge S. 193, N. 29.

411) Goslar. Stat. S. 17, Z. 1—3, 24—32.

412) Constit. de tutoribus der Stadt Hörter v. 1367 bei Wigand, Westphäl. Archiv I, 3, S. 39. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 680, N. 28.

413) Vgl. den Artikel Vormundschaft.

414) Ueber die Gründe für Bejahung dieser Frage s. besonders Rothhan, Diss. de potestate materna in liberos ex Germanorum legibus et more. Gotting. 1772. Von denen, welche die Frage verneinen, sind vorzüglich zu nennen: Pufendorf, Obs. iur. univ. T. I. Obs. 98. §. 14. Gropp in dessen und Heise, jurist. Abhandl. Bd. 1, Nr. XVI, S. 282—313. Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 681 flg., besonders 684 flg.

415) Z. B. die Lex Wisigoth. IV. 2. 13. Freiburg. Stadtrodel aus dem 13. Jahrh. §. 32. Münchner Stat. v. 1347 Art. „Umb erbtail versetzen" und Art. „Wie lang die wittib der kind gewaltig sein soll." (v. Freyberg S. 395, 396). Die Zuständigkeit einer Gewalt der Mutter über die Kinder im älteren Rechte will man auch daraus schließen, daß sich mehrere Urkunden fänden, worin eine Mutter ihre Kinder in Unfreiheit gebe (Rothhan l. c. §. 6.), daß sie das

in den seit Einführung des römischen Rechtes abgefaßten Rechtsquellen noch weit häufiger geschehe[416]) und daß, wenngleich diese der Mutter beigelegte Gewalt nicht alle diejenigen Wirkungen, welche mit der römischen väterlichen Gewalt verknüpft sind, habe, indem sie namentlich nicht die Personeneinheit zwischen Mutter und Kind bewirke, die unter der mütterlichen Gewalt stehenden Kinder testiren könnten, auch Processe zwischen Mutter und Kind zulässig seien[417]), dies doch nur solche Wirkungen wären, welche auch die väterliche Gewalt in Teutschland nicht habe, während die Wirkungen der väterlichen Gewalt, welche man hier anerkenne, in vielen Rechtsquellen auch der mütterlichen Gewalt ausdrücklich beigelegt würden. Dahin gehöre namentlich das Recht der Pupillarsubstitution[418]), der Anspruch auf den Nießbrauch an ihrem Vermögen[419]), das Recht, in die Ehe der Kinder einzuwilligen[420]), das Recht, die sich ohne Einwilligung der Mutter in ein Kloster begebenden

Recht habe, ihre Kinder in ein Kloster zu bringen und auch ihre Einwilligung in die Ehe der Kinder für nothwendig erklärt werde (Rothhan l. c. §. 25.). Allein jener Schluß ist nicht richtig. Denn alle jene Urkunden enthalten solche Fälle, wo die Mutter sich selbst mit ihren Kindern in Unfreiheit begiebt, und es läßt sich aus ihnen nicht ersehen, ob die Kinder schon mündig oder noch unmündig waren; im ersten Falle hätte es der Einwilligung der Kinder bedurft, im zweiten hätten die Kinder nach erlangter Volljährigkeit die Handlung der Mutter, welcher sie, als von ihr zu erziehen, vorläufig in die Unfreiheit gefolgt sind, widerrufen dürfen. Ebenso läßt sich nicht ersehen, ob die von der Mutter in das Kloster gegebenen Kinder noch unmündig waren oder nicht; in beiden Fällen würde das über das Begeben in die Unfreiheit Bemerkte auch hier gelten. Endlich sprachen die Stellen, woraus man die Nothwendigkeit der mütterlichen Einwilligung in die Ehe der Kinder ableiten will, von Einwilligung der parentes, welcher Ausdruck, wenigstens in den meisten jener Stellen, im weiteren Sinne Verwandte der Kinder überhaupt bezeichnet, wobei vorzugsweise an die Schwerdtmagen der Kinder zu denken ist. Es kommen zwar, besonders in späteren Rechtsquellen, auch Stellen vor, welche deutlich die Einwilligung der Mutter verlangen, z. B. Hamburg. Stat. v. 1270 X. 8. v. 1292 f. 17. v. 1497 J. 1. Alte Soester Schrae v. 1350 Art. 169. Bamberg. Stadtr. aus dem 14. Jahrh. §. 82 u. a. Aber die Einwilligung in die Ehe ist nach teutschem Rechte überhaupt kein Ausfluß einer Gewalt über die Kinder, wie sich deutlich daraus ergiebt, daß außer dem Vater und dem Vormunde meistens die Zuziehung noch anderer Verwandter der Kinder nothwendig ist. Vgl. Kraut a. a. O. §. 112, N. 2, Bd. 2, S. 681—683 und Cropp a. a. O. §. 6—8.

416) Rothhan l. c. §. 7.

417) Rothhan l. c. §. 9—11.

418) Rothhan l. c. §. 12. Partikularrechte, welche der Mutter das Recht der Pupillarsubstitution einräumen, sind: Landrecht von Baden-Baden v. 1588 Th. 3, Tit. 5, §. 3 a. E. Landrecht von Baden und Hochberg v. 1654 Th. 5, Tit. 12, §. 7 vgl. mit §. 2, 3, 5. Kurpfälz. Landr. Th. 3, Tit. 10, §. 5. Würtemberg. Landr. Th. 3, Tit. 12, §. 4. Hohenloher Landr. Th. 4, Tit. 4, §. 10—12. Fränk. Landgerichtsordnung Th. 3, Tit. 45, §. 1, 5. Nassau-Katzenellbogener Landesordnung v. 1616 Th. 3, Cap. 6, §. 5. Erneuertes Landr. des Kurstifts Trier Tit. 1, §. 30. Frankf. Reform. IV, 4, §. 4. Nürnberg. Reform. Tit. 30, Ges. 2.

419) Belege dafür führt an Rothhan l. c. §. 15—23.

420) Rothhan l. c. §. 25—41.

Kinder dem Kloster wieder abzufordern[421]) und das Recht der Ernennung eines Vormundes in einer letztwilligen Verfügung für die Kinder[422]). Allein alle diese Gründe beweisen nicht, wie Cropp und Kraut weiter ausgeführt haben, daß nach dem heutigen Rechte der Mutter die gleiche Gewalt über die Kinder beizulegen sei, wie solche nach demselben der Vater hat. Denn die Gewalt der Mutter über die Kinder, von welcher die älteren Quellen sprechen, mag man darunter nur die Gewalt verstehen, welche ihr das Erziehungsrecht, oder auch diejenige, welche ihr die Vormundschaft über die Kinder giebt, enthält keineswegs alle heutzutage in der väterlichen Gewalt begriffenen Rechte. Die Möglichkeit der Entwickelung einer der jetzigen väterlichen Gewalt gleichen Gewalt aus jener Gewalt und der Vormundschaft der Mutter da, wo sie im älteren Rechte anerkannt wurde, ist freilich unverkennbar. Die wirkliche Entstehung einer solchen Gewalt ist aber nicht erweislich. Denn von den neueren Rechtsquellen, in welchen man die Anerkennung einer mütterlichen Gewalt hat finden wollen, reden nur sehr wenige ausdrücklich von einer solchen[423]). In den meisten ist nur von einer Gewalt der Eltern im allgemeinen die Rede[424]). Ob aber in ihnen dieser Ausdruck auch die Mutter mit bezeichne oder außer dem Vater blos diejenigen Adscendenten, welche nach dem römischen Rechte über seine Kinder eine Gewalt haben können, ist um so größeren Zweifeln unterworfen, wenn man in Betracht zieht, daß diese Rechtsquellen sich an das römische Recht anschließen und wenigstens ihre Ausdrucksweise eine sehr ungenaue sein würde, wenn sie, sobald sie der Mutter gleiche Rechte mit dem Vater über die Kinder beilegen wollten, statt die Mutter ausdrücklich zu nennen, den mehrdeutigen Ausdruck „Eltern" gebraucht hätten. Einige haben diesen Ausdruck entschieden hier in der letzteren Bedeutung gebraucht[425]). Wenn man indessen auch zugeben will, daß in manchen Rechtsquellen unter diesem Ausdrucke auch hier die Mutter mit zu verstehen sei[426]), so darf man doch nicht annehmen, daß sie, wie auch diejenigen, welche der Mutter ausdrücklich eine Gewalt über die Kinder beilegen, mit dieser mütterlichen Gewalt alle die mit der heutigen väterlichen Gewalt verknüpften Wirkungen haben verbinden wollen, weil sie, bei der An-

---

421) Rothhan l. c. §. 43.

422) Rothhan l. c. §. 44.

423) Hierher gehören vorzugsweise nur die Mühlhäuser Stat. v. 1692 B. 4, Art. 31, §. 1, 2. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut a. a. O. §. 112, N. 9. Bd. 2, S. 684 flg.

424) Belege dafür finden sich bei Rothhan l. c. §. 7.

425) 3. B. Nürnberg. Reform. Tit. 29, Ges. 5. Fränk. Landgerichtsordn. III, 29, §. 8.

426) Von den vielen von Rothhan l. c. §. 7. zusammengestellten Belegen rechnet Kraut a. a. O. §. 112, N. 13, Bd. 2, S. 685 nur hierher: Hohenloh. Landr. IV, 1, 3. Fränk. Landgerichtsordn. III, 118, §. 1, 2. Koburg. Verordn. bei Moser, Corp. iur. evangelicor. ecclesiast. T. I. p. 430. Kurpfälz. Ehe- und Ehegerichtsordnung Tit. 6, §. 1, 3.

schließung sämmtlicher an das römische Recht, rücksichtlich einer Abweichung in einem so wesentlichen Punkte sich deutlicher hätten ausdrücken müssen. Diesem steht nicht entgegen, daß mehrere Rechtsquellen Rechte, welche bei den Römern Folgen der väterlichen Gewalt waren, ausdrücklich auch der Mutter beilegen. Allein zu den Rechten dieser Art, welche der Mutter unbestritten allgemein in Teutschland zugestanden werden, läßt sich nur das Recht der Einwilligung in die Ehe der Kinder rechnen. Alle anderen hierher zu zählenden Rechte hat die Mutter nur nach einigen Partikularrechten und es ließe sich ihnen daher nur dann eine gemeinrechtliche Bedeutung einräumen, wenn aus jenem Einwilligungsrechte sich ergäbe, daß der Mutter in Teutschland eine der väterlichen gleiche Gewalt zustehe, welchenfalls diese Aeußerungen der Partikularrechte blos als eine ausdrückliche Anerkennung von Rechten der Mutter, welche sie auch schon nach dem gemeinen in Teutschland geltenden Rechte habe, anzusehen wären. Sollte aber aus dem Rechte der Einwilligung in die Ehe dieser Schluß nicht gezogen werden können, so wäre aus jenen Aeußerungen höchstens die Folgerung zulässig, daß die Partikularrechte, welche diese Aeußerungen enthalten, eine mütterliche Gewalt über die Kinder anerkennen. Nun ist aber unbestritten das Recht der Einwilligung in die Ehe der Kinder in Teutschland, obgleich es auch hier immer der Vater hat, kein Ausfluß der väterlichen Gewalt, sondern entspringt aus der den Eltern schuldigen Ehrerbietung. Es ist daher der erste Schluß unrichtig. Aber auch die zuletzt genannte Folgerung läßt sich nur sehr selten, vielleicht niemals ziehen. Denn in den meisten Fällen ergiebt sich aus den Partikularrechten, welche der Mutter Rechte, welche Ausflüsse der römischen väterlichen Gewalt waren, beilegen, daß sie dieselben nicht als solche ansehen. So wird das Recht der Ernennung eines Vormundes für die Kinder im Testamente, welches manche Rechtsquellen der Mutter zugestehen, in ihnen meistentheils von der auch im römischen Rechte festgesetzten Bedingung abhängig gemacht, daß die Mutter den Kindern etwas hinterläßt. Es geht also aus ihnen gerade hervor, daß sie eine der väterlichen gleichstehende Gewalt der Mutter über die Kinder nicht anerkennen. Dasselbe gilt von den Rechtsquellen, welche der Mutter das Recht der Pupillarsubstitution einräumen; denn da sie dasselbe Recht in der Regel auch den sämmtlichen Adscendenten von der mütterlichen Seite, selbst den weiblichen beilegen, so geben sie, da diese nie eine Gewalt über ihre Descendenten haben, damit deutlich zu erkennen, daß sie jenes Recht nicht als Ausfluß einer mütterlichen Gewalt über die Kinder ansehen. Dies gilt endlich auch von den Rechten, nach welchen der Mutter der Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder zukommt. Zuvörderst ist nämlich von den vielen Rechten, nach welchen die Mutter, wenn sie im Wittwenstande bleibt, den Nießbrauch immer auf ihre Lebenszeit hat, ganz abzusehen, da dieser Nießbrauch meistens weit länger dauert, als von einer Gewalt der Mutter über die Kinder die Rede sein könnte und schon hieraus deutlich hervorgeht, daß er in ihnen nicht

Folge einer mütterlichen Gewalt, sondern vielmehr der ehelichen Güterverhältnisse ist. Da, wo der Nießbrauch der Mutter bei Aufnahme des römischen Rechtes nicht hieraus entsprang, stand er der Mutter in der Regel kraft ihrer Vormundschaft über die Kinder zu, welche, wie die väterliche und ursprünglich jede Vormundschaft, eine tutela fructuaria war. Wäre der Mutter nach Einführung des römischen Rechtes eine der väterlichen gleiche Gewalt über die Kinder beigelegt, so hätte sich jener Nießbrauch ebenso wie bei dem Vater allgemein erhalten müssen. Gerade umgekehrt aber hat der mütterliche Nießbrauch in vielen Gegenden, wo er bei Einführung des römischen Rechtes noch bestand, der Behauptung der Juristen weichen müssen, daß die Mutter eine der väterlichen gleiche Gewalt über die Kinder habe und als Vormünderin, wie alle anderen Vormünder Rechnung ablegen müsse[427]). Wo der mütterliche Nießbrauch, abgesehen von den ehelichen Güterverhältnissen, noch fortbestand, leitete man ihn doch gewöhnlich nicht aus einer Gewalt der Mutter über die Kinder ab, sondern er wurde ihr entweder nur als Vormünderin derselben im heutigen Sinne und daher auch nur so lange ihre Vormundschaft dauerte[428]), oder auch ohne Rücksicht hierauf als Aequivalent für die von ihr zu bestreitenden Kosten des Unterhaltes und der

---

427) Dies gilt namentlich von Kursachsen. Dort, wie in ganz Thüringen, stand nämlich früher der Mutter als dem überlebenden Theile stets, sowie dem Vater umgekehrt in gleichem Falle, der Nießbrauch an dem Vermögen ihrer Kinder gegen die Verbindlichkeit zu deren Unterhalt und Erziehung so lange, bis die Kinder sich verehelichten oder einen besonderen Haushalt anlegten, zu. Wesenbeck, Comm. in Pand. Lib. 26. Tit. 1. nr. 5. Berlich, Conclus. pract. P. II. Concl. 2. nr. 14. Die früheren Juristen führten dieses mütterliche Nießbrauchsrecht auf eine Stelle des Sachsenspiegels (Sächs. Landr. B. 1, Art. 11) zurück, welche ihrer Ansicht nach der Mutter gleiche Rechte über die Kinder und deren Vermögen einräumte, wie dem Vater. Da dieses aber unrichtig ist, so wurde dadurch Carpzov (vgl. dessen Iurispr. for. P. II. Const. 10. Def. 13. und Responsa Lib. VI. resp. 70.) veranlaßt, unter der Behauptung, daß in Teutschland der Mutter keine der väterlichen gleiche Gewalt zustehe, den mütterlichen Nießbrauch am Vermögen der Kinder ganz in Abrede zu stellen. Er wich hierin von allen früheren sächsischen Juristen ab und fand auch bei seinen Zeitgenossen, namentlich bei Richter, Decis. 18., vielen Widerspruch. Der hierdurch entstandene Streit veranlaßte eine kursächs. Dec. 62. v. 1661, wodurch derselbe nach Carpzov's Meinung entschieden wurde. Seitdem steht in Kursachsen der Mutter kein Nießbrauch zu. In den sächsischen Herzogthümern erhielt sich dagegen der mütterliche Nießbrauch; siehe Richter, Decis. 18. nr. 11 sq. Schilter, Prax. iur. Rom. Exerc. 3. §. 11. Rothhan l. c. §. 17. Heimbach, Lehrb. des sächs. Privatrechtes §. 111 u. N. 6 und in Ortloff, jurist. Abhandl. Bd. 1, S. 591 flg. Er ist auch durch neuere Partikulargesetze nicht blos dort, sondern auch in den reußischen Fürstenthümern anerkannt worden. Vgl. oben Note 376 u. 378. Daß in den sächsischen Herzogthümern der mütterliche Nießbrauch aber doch einen beschränkteren Umfang habe als der väterliche, wo nicht Landesgesetze eine völlige Gleichstellung sanctioniren, zeigt Heimbach, Lehrb. §. 111, N. 6.

428) In dieser Gestalt kommt der mütterliche Nießbrauch noch jetzt in mehreren Gegenden Hessens vor. Siehe schon hessische Gerichtsordnung v. 1497 Art. 31. Vgl. überhaupt Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. 2, S. 205 flg.

Erziehung der Kinder eingeräumt[429]. — Nach allem bisher Bemerkten ist also nicht erweislich, daß die Mutter nach dem heutigen gemeinen Rechte in Teutschland eine der väterlichen gleiche Gewalt habe, weder für die Zeit ihres Wittwenstandes, noch bei Lebzeiten des Vaters. Wenn auch in manchen Partikularrechten der Mutter Rechte beigelegt werden, welche bei den Römern in der väterlichen Gewalt begriffen waren und welche bald weiteren, bald beschränkteren Umfanges sind, so ist daraus noch nicht zu folgern, daß solche Rechte eine der väterlichen gleiche mütterliche Gewalt anerkennen. Auch darf man daraus, daß der Mutter einige jener Befugnisse ausdrücklich eingeräumt werden, nicht schließen, daß ihr auch andere Rechte dieser Art zustehen. Man ist demnach nur da der Mutter eine der väterlichen gleiche Gewalt beizulegen berechtigt, wo die Anerkennung einer solchen im Partikularrechte sich deutlich erweisen läßt[430].

B. Vormundschaft des Stiefvaters[431]. Nach den teutschen Rechtsquellen, nach welchen die Mutter auch nach ihrer Wiederverehelichung die Vormundschaft über ihre Kinder aus der früheren Ehe behielt, mußte hieraus im Erfolg eine Vormundschaft des Stiefvaters über seine Stiefkinder werden, da er ehelicher Vormund der Mutter derselben war und im Falle einer noch nicht geschehenen Abtheilung mit ihren Kindern eine abgesonderte Verwaltung des Vermögens der Kinder von dem der Mutter nicht einmal möglich war. Nach denjenigen Rechtsquellen aber, welchen überhaupt eine mütterliche Vormundschaft ganz unbekannt ist und nach welchen die Kinder während des Wittwenstandes der Mutter unter der Vormundschaft ihres nächsten Schwertmagens oder des ihnen gegebenen Vormundes stehen, behielten diese, wie es

---

429) Hierauf wird schon von den älteren sächsischen Juristen der mütterliche Nießbrauch in Sachsen zurückgeführt, z. B. von Richter, Decis. 18. nr. 15. und Struv, Synt. iur. civ. Exerc. 12. th. 5. Dies gilt auch von mehreren Gesetzen der thüring. Staaten, z. B. Eisenach. Vormundschaftsordn. v. 11. Aug. 1686 §. 15. Weim. Circularien v. 28. Septbr. 1776 §. 12. v. 2. August 1777. Vgl. darüber Heimbach, in den jurist. Abhandl. Bd. 1, S. 592 flg. Eine besondere Modification einzelner sächsischer Gesetze ist, daß der mütterliche Nießbrauch erst von besonderer Gestattung der obervormundschaftlichen Behörde abhängig gemacht wird, z. B. in der Goth. Landesordn. Th. 3, Nr. 2, §. 27 und Nr. 3, §. 3. Neue Beif. zur Goth. Landesordn. Th. 1, S. 138. Altenb. Vormundschaftsordn. v. 31. Aug. 1785 §. 7, Nr. 7. Auch viele andere Rechtsquellen, welche der Mutter, abgesehen von den ehelichen Güterverhältnissen, einen Nießbrauch an dem Vermögen beilegen, betrachten denselben aus dem nämlichen Gesichtspunkte wie die älteren sächsischen Juristen, z. B. Trier Landr. VIII. §. 7. IX. §. 8. Henneb. Landesordn. B. 3, Tit. 4, Cap. 12, 15.

430) So erkennt ein Koburg. Rescript v. 22. Mai 1805 es als unzweifelhaft an, daß, nach dem in der Pflege Koburg üblichen Stadt- und Landbrauche, der Mutter nach des Vaters Tode die Rechte der väterlichen Gewalt über ihre Kinder ausschließlich zustehen und daß diese Gewalt der Mutter sowohl durch gerichtliche Entlassung noch minderjähriger Kinder aus derselben, als durch Anstellung eines besonderen Haushaltes der Kinder aufgehoben werde.

431) Vgl. Kraut a. a. O. §. 113, Bd. 2, S. 691—696.

natürlich war, auch nach der Wiederverehelichung der Mutter die Vormundschaft über die Kinder und führten nun über den Stiefvater bei der Verwaltung des den Kindern mit ihrer Mutter gemeinschaftlichen Vermögens eben die Aufsicht, welche sie über die Mutter während ihres Witwenstandes in dieser Hinsicht geführt hatten. Dies findet sich namentlich in den alten Erfurter Statuten[432]). Dagegen ist es auffällig, daß auch einige derjenigen Rechtsquellen, welchen die mütterliche Vormundschaft fremd ist, eine Vormundschaft des Stiefvaters über seine Stiefkinder kennen. Namentlich gehört hierher das in dem vermehrten Sachsenspiegel aufgezeichnete gemeine Recht der Städte sächsischen Rechtes[433]). Die am Ende der betreffenden Stellen beigefügten Worte „Unde ist lantrecht unde wichbilde" lassen schließen, daß auch das gemeine sächsische Landrecht damals die Vormundschaft des Stiefvaters kannte. Daß der Stiefvater nur in Bezug auf das Vermögen seiner Stiefkinder, welches er als ehelicher Vormund ihrer Mutter verwaltete, ihr Vormund genannt würde, im übrigen sie aber den während des Witwenstandes ihrer Mutter gehabten Vormund beibehalten hätten, läßt sich nicht annehmen, da überall, wo von einer Vormundschaft des Stiefvaters die Rede ist, kein anderer Vormund der Kinder neben ihm genannt wird und auch in einer jenem System angehörigen Rechtsquelle ausdrücklich gesagt wird, daß im Falle der Wiederverehelichung der Mutter die Vormundschaft desjenigen, welcher solche bis dahin über sie und ihre Kinder geführt habe, aufhöre[434]). Nach Allem, was die teutschen Rechtsquellen über die Wirkungen der Vormundschaft des Stiefvaters mittheilen, ist auch der Schluß gerechtfertigt, daß sie ganz dieselben sind, wie die der Vormundschaft der Mutter oder, was nach dem früher darüber Bemerkten dasselbe sagen will, wie die der Vormundschaft des leiblichen Vaters während seines Wittwerstandes[435]). Auch die Beendigungsarten der Vormundschaft des Stiefvaters scheinen keine anderen gewesen zu sein, als die der Vormundschaft des leiblichen Vaters, nur mit der Abweichung, daß die Kinder zu jeder Zeit die Abtheilung von ihm verlangen konnten, auch wenn sie noch nicht volljährig waren, und daß mit der Abtheilung seine Vormundschaft für immer aufhörte[436]).

---

432) Erfurt. Stat. v. 1306 Art. 10 bei Walch, Beitr. z. teutschen Recht. Bd. 1, S. 100 flg.

433) Verm. Sachsensp. I, 14, 9. I, 43, 7.

434) Mühlhaus. Rechtsbuch aus dem 13. Jahrh. bei Förstemann S. 38. Die Stelle ist abgedruckt bei Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 692, N. 3, welcher mit Recht bemerkt, daß man die Worte: „bis sunis vormuntscap, di is uz" beim ersten Anblick nur auf die Vormundschaft des Sohnes über die Mutter zu beziehen geneigt sein könnte, der ganze Zusammenhang aber zeige, daß sie ebenso gut auf die von ihm bisher über seine Geschwister geführte Vormundschaft bezogen werden müssen.

435) Vgl. die nähere Ausführung darüber bei Kraut a. a. O. §. 123, N. 4, Bd. 2, S. 693 flg.

436) Goslar. Stat. S. 17, Z. 1 flg. Vgl. auch ebd. S. 15, Z. 19—22.

Sonst hörte sie da, wo die Vormundschaft des leiblichen Vaters oder der Mutter immer mit der Volljährigkeit des Kindes sich endigte, auch mit dieser auf und wo die Vormundschaft des Vaters oder der Mutter auch bei volljährigen Kindern, welche im Hause und Brote der Eltern blieben, bis zur Abtheilung der Kinder fortdauerte, verhielt es sich ebenso mit der Vormundschaft des Stiefvaters[437]. Das Vorkommen der Vormundschaft des Stiefvaters auch in solchen Rechten, welchen eine mütterliche Vormundschaft unbekannt ist, ist wohl daraus zu erklären, daß, wenn bei einer Wiederverehelichung der Mutter das ihr bis dahin mit den Kindern gemeinschaftlich gehörige Vermögen ungetheilt in die anderweite Ehe überging und dadurch nicht nur dieses unter die eheliche Vormundschaft des Stiefvaters kam, sondern er auch die Kinder zu erziehen hatte, man in späteren Zeiten, wo die eigentliche Familienvormundschaft schon sehr gemildert war, bei den wenigen, dem nächsten Schwertmagen der Kinder als ihrem Vormunde übrig bleibenden Functionen auch deren Ausübung durch den Stiefvater zuließ und man sich mit der allgemeinen Aufsicht der Familie über die Führung der Vormundschaft durch den Stiefvater, wie sie auch bei der Vormundschaft des leiblichen Vaters selbst vorkam, begnügte. Ein Ueberbleibsel der Vormundschaft des Stiefvaters im älteren Rechte ist, daß auch noch heutzutage nach einigen Partikularrechten, wenn bei der Wiederverheurathung der Mutter Einkindschaft errichtet ist, dem Stiefvater dieselbe Gewalt über seine Stiefkinder beigelegt wird, welche der leibliche Vater hatte[438].

Heimbach sen.

Veräußerung (alienatio). I. Begriff[1]). Im weitesten Sinne bezeichnet alienatio jede positive oder negative Handlung, wodurch

---

437) Dies ergiebt sich besonders aus den Schlußworten des vermehrten Sachsenspiegels I, 50, 8 (bei Böhme, diplom. Beiträge Bd. 5, I, 43, 7): „Were abir der kinder eyns zcu sinen jarn komen, daz muchte in des stifvater vormundeschaft daz wol weddersprechen." Es wird hierbei offenbar vorausgesetzt, daß das zu seinen Jahren gekommene Kind noch unter der Vormundschaft seines Stiefvaters stehen könne.

438) Solche Partikularrechte sind z. B. die Lippische Verordnung über die Gütergemeinschaft v. 1786 §. 28, Nr. 1. Fränk. Landgerichtsordn. III, 118, §. 1. Vgl. auch dieselbe III, 98, §. 1. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 2, §. 720. Ob auch gemeinrechtlich bei errichteter Einkindschaft dem Stiefvater eine väterliche Gewalt über seine Stiefkinder zukomme, ist eine Streitfrage, welche hier nicht weiter erörtert werden kann. Bejaht wird sie von Pufendorf, Obs. iur. univ. T. I. Obs. 200. besonders §. 9—11. 17. 18., wogegen Beseler, Lehre von den Erbverträgen Th. II, Bd. 2, S. 182 flg. auszuführen sucht, daß dies weder in den Gesetzen, noch in den Meinungen der Juristen eine Stütze finde, und Kraut a. a. O. Bd. 2, S. 696, N. 7 bemerkt, daß diese Ansicht auch nicht dem Begriffe der Einkindschaft gemäß sei. Der Verfasser des Art. Einkindschaft Bd. III, S. 672, hat diese Streitfrage, welche dort ausführlicher zu erörtern gewesen wäre, gar nicht berührt, sondern sich begnügt, als Folge der Einkindschaft die elterliche Gewalt über die Stiefkinder, so lange sie minderjährig sind, zu bezeichnen.

1) Vgl. über die verschiedenen Bedeutungen des Wortes alienatio Dirksen,

man ein Recht aufgiebt; sie umfaßt in diesem weiten Sinne auch den Verzicht. Sie findet mithin nicht blos bei der Veräußerung des Eigenthums statt, sondern auch bei Einräumung eines anderen dinglichen Rechtes, sowie auch dann, wenn man sein Recht durch Nichtgebrauch verloren gehen läßt [2]). Von der Ausschlagung eines Gewinnes aber, welchen man hätte machen können, wird dieses Wort nicht gebraucht [3]) und ebensowenig von der Aufgebung des bloßen Besitzes [4]). In der gewöhnlichen und engeren Bedeutung heißt alienatio die freiwillige Uebertragung eines Rechtes auf einen Anderen und im engsten Sinne die Uebertragung des Eigenthums [5]). Entsprechend ist der teutsche Begriff Veräußerung. Wird ein Recht in derselben Form, in welcher es bisher dem Veräußernden selbst oder demjenigen, in dessen Namen die Veräußerung geschieht, zustand, auf einen Anderen übertragen, namentlich das Eigenthum, so nennen die Neueren eine solche Rechtsübertragung alienatio translativa, hingegen alienatio constitutiva alsdann, wenn das Recht, dessen man sich entäußert, bei dem Erwerber in einer ganz anderen Natur oder Form erscheint als vor der Veräußerung, wie dieses der Fall ist z. B. bei der Einräumung einer Servitut oder eines Pfandrechtes, indem diese jetzt für sich bestehenden Rechte an einer fremden Sache vorher, ehe sie als solche existirten, in dem dem Veräußerer zuständigen Eigenthumsrechte als Bestandtheile desselben begriffen waren. Fragt man, welche Arten der Rechte der Veräußerung überhaupt fähig sind, so zeigt sich, daß sie sowohl bei Sachenrechten, als bei Forderungen, als auch in Anwendung auf Erbschaften vorkommt [6]); sie nimmt aber bei diesen verschiedenen Arten von Rechtsinstituten einen ganz verschiedenen Charakter an und tritt unter die Begriffe der Veräußerung im eigentlichen Sinne, welche in das Sachenrecht, der Cession, welche in das Obligationenrecht gehört [7]) und der ganz für sich bestehen-

---

Manuale s. v. §. 2. Schilling, Instit. und Geschichte des röm. Privatrechtes Bd. 2, S. 312.

2) L. 28. pr. D. 50. 16. L. 7. C. IV. 51.

3) L. 28. pr. D. 50. 16. L. 6. §. 2. D. 42. 8.

4) L. 119. D. 50. 17. L. 4. §. 1. D. 4. 7. Dagegen wird das Wort alienare auch auf den Verkauf einer fremden Sache bezogen. L. 8. §. 2. D. 4. 7.

5) L. 1. C. V. 23. Bei Cic. Top. c. 5. fin. wird der Begriff abalienatio nur auf die Uebertragung des quiritarischen Eigenthums bezogen.

6) Bei den Familienrechten kommt jetzt nichts der Art vor, als etwa die Gebung in Adoption. Im älteren römischen Rechte waren auch Kinder in väterlicher Gewalt Gegenstände der Veräußerung (s. den Artikel Väterliche Gewalt) und zwar nicht blos einer scheinbaren zum Zwecke der Emancipation, sondern auch einer ernstlichen, ingleichen die tutela legitima, ursprünglich ohne Beschränkung, später seit der Lex Claudia mit Beschränkung auf die tutela legitima über eine Freigelassene. Auf eine datio in adoptionem kann aber im neuesten römischen Rechte der Begriff der Veräußerung nicht angewendet werden, ist auch nicht darauf angewendet worden. Die Abtretung der Tutel ist antiquirt. Näheres über letzteres im Artikel Vormundschaft.

7) Daß der Ausdruck alienare in Beziehung auf Forderungsrechte vorkommt, statt des Ausdruckes cedere, ist unerweislich. Der Ausdruck cessio bezieht sich

den der Veräußerung der Erbschaft. Für den weiteren Begriff der Veräußerung in den beiden ersteren Beziehungen ist des Gemeinschaftlichen wenig übrig, indem es sich auf die Frage beschränkt, ob alle diese Rechte auf Andere übertragen werden können? Die Antwort darauf stimmt mit demjenigen, was hierüber für den Verzicht gilt[8]), insofern überein, als in der Veräußerung zugleich eine Entäußerung liegt und es gilt daher hier zuerst die Regel, daß alle diejenigen Rechte, auf welche nicht verzichtet werden kann, auch nicht veräußert werden können. Dieser negative Satz darf aber nicht umgekehrt oder in einen positiven verwandelt werden; vielmehr reicht die Befugniß, auf Rechte zu verzichten, viel weiter, als die Befugniß, sie zu veräußern, d. h. es besteht zwar auch hier die Regel, daß Jeder seine Sachen oder Rechte veräußern kann; allein die Ausnahmen davon sind von denjenigen, welche den Satz beschränken, daß in der Regel Jeder auf die ihm zuständigen Rechte verzichten könne, sehr verschieden. Es giebt nämlich eine Anzahl darum sogenannter höchstpersönlicher Rechte (sog. iura personalissima), auf welche zwar verzichtet werden kann, welche aber eine Trennung von der Person, welcher sie ursprünglich zustehen, nicht zulassen, ohne zu erlöschen, mithin auch nicht veräußert werden können. Welche Rechte kraft ihrer Natur dahin gehören oder aus besonderen Gründen so geeigenschaftet sein können, ist für die, welche den dinglichen Rechten angehören, im Sachenrecht zu beantworten; insoweit sie Forderungen sind, gehört die Beantwortung in die Lehre von der Cession[9]).

II. Veräußerungsbefugniß. Für den Erwerb sowohl rücksichtlich eines übertragenen als eines neubestellten Rechtes bietet die Veräußerung das allen Sachenrechten Gemeinsame dar, daß, wenn sie Erfolg haben soll, der Veräußernde dazu befugt gewesen sein müsse. Diese Befugniß beruht darin[10]), daß da, wo es der Uebertragung eines

---

auch auf die Rechtsübertragung. Im älteren römischen Rechte hieß die feierliche Rechtsübertragung vor einem Magistrate in iure cessio und war eine legis actio. Gai. Instit. Comm. II. §. 24. Ulpian. Fragm. Tit. XIX. §. 9 sq. Im neueren römischen Rechte kommt der Ausdruck cessio vor in Bezug auf die Uebertragung von Forderungsrechten und Klagen, z. B. in L. 76. D. 46. 3., die Einräumung von Servituten, z. B. in L. 9. pr. §. 2. L. 17. pr. D. 39. 3., worin eine von den Compilatoren der Digesten nicht sorgfältig getilgte Erinnerung an die alte in iure cessio nicht zu verkennen ist, und die Abtretung des Vermögens an die Gläubiger. Tit. Dig. de cessione bonorum. (42. 3.)

8) Vgl. den Artikel Verzicht.

9) Vgl. den Artikel Cession Bd. II, S. 643 flg.

10) Nicht hierher gehört, wie Sintenis, prakt. gem. Civilrecht §. 38, N. 3, Bd. 1, S. 402, mit Recht bemerkt, 1) wenn Jemand deshalb die Befugniß zum Veräußern nicht hat, weil ihm aus persönlichen Gründen überhaupt Dispositionsbefugniß fehlt (vgl. den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 190 flg.); 2) wenn dazu aus ähnlichen Gründen besondere Formen nöthig sind. Das nachher von den eigentlichen gesetzlichen Veräußerungsverboten zu Bemerkende konnte hiernach auch nicht hierher gehörig erscheinen, weil es auch dabei entweder auf einen persönlichen Grund hinauskommt oder der Gegenstand als charakterisirt

Rechtes gilt, dieses Recht selbst, da hingegen, wo vermöge eines Rechtes ein anderes Recht bestellt werden soll, jenes dem Veräußernden selbst in diesem Umfange zugestanden habe. Davon giebt es 1) scheinbare Ausnahmen, z. B. wenn der Gläubiger sein Pfand verkauft, so überträgt er daran Eigenthum; ebenso der Vormund, welcher Sachen des Mündels verkauft; Ausnahmen, welche sich nach den Grundsätzen des Mandates und der Vertretung einer Person durch die andere erklären; 2) wirkliche Ausnahmen, nämlich wenn der Fiscus oder der Regent Sachen Anderer veräußert, welchenfalls für die bisher daran Berechtigten alle Rechte daran erlöschen und sie auf eine nur 4 Jahre dauernde Entschädigungsklage beschränkt sind [11]), und in den Fällen, wo richterliche Adjudication die Stelle der Veräußerung vertritt, d. h. bei den Theilungsklagen. Nicht hierher, sondern zu den unter 1) erwähnten scheinbaren Ausnahmen gehören die Fälle der richterlichen Adjudication der zum Verkaufe kommenden Sachen Dritter, namentlich zur Hilfsvollstreckung, indem hierbei stets ein Auftrag als in der Mitte liegend anzunehmen ist, sei es an den Richter, z. B. bei Nachlaßregulirungen unter gerichtlicher Leitung, oder an denjenigen, welcher die Sache zum Verkauf bringt, wie den Gläubiger, welcher ja durch die vorangegangene Immission oder Wegnahme ein richterliches Pfandrecht erwirbt; die Adjudication infolge der impetratio dominii ist nur eine weitere nothwendige Ausbildung davon [12]). — Inwiefern ein Recht der Uebertragung fähig und kraft des

---

erscheint, gewissermaßen als res extra commercium; allein es liegt in der ersten wie in der zweiten Hinsicht ein wesentlicher Unterschied vor. Denn erstens befinden sich die betreffenden Gegenstände wirklich in Jemandes Eigenthum, sind also nicht res extra commercium, und zweitens fehlt das Veräußerungsrecht nicht infolge mangelnder Dispositionsbefugniß überhaupt; denn es kommt dabei eine rechtliche besondere persönliche Eigenschaft in Betracht.

11) L. 2. 3. C. VII. 37. §. 14. Inst. II. 6. Ueber die Bedenken gegen die Anwendbarkeit dieser römischen Bestimmungen in Teutschland vgl. den Artikel Uebergabe Bd. XI, S. 546, N. 16.

12) Bethmann-Hollweg, Handbuch des röm. Civilprocesses S. 339, behauptet eine Art der Adjudication auch in dem Falle, wenn der Verurtheilte aus einer obligatio dandi nicht gehorche und der Richter ihm den Gegenstand nach dem Justinianeischen Executionsverfahren nehme; „hierin liege eine neue Befugniß für den Richter, nämlich Eigenthum gegen den Willen des bisherigen Eigenthümers zu übertragen, die freilich weder Justinian's Compilatoren, noch den neueren Juristen zum Bewußtsein komme." Ihm folgt auch Kuettner, Diss. utrum venditor, qui tradere potest etc. Regiom. 1841. §. 36. Dagegen führt Sintenis, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XI, S. 74 flg., aus, daß nach Justinianeischem Rechte sowenig die sententia de restituendo erzwingbar sei, als früher bei den arbitrariae actiones der iussus oder das arbitrium de restituendo, und daß auch im neuesten römischen Rechte im Falle des Ungehorsams des Verurtheilten nur eine condemnatio in das id, quod interest oder quanti ea res est, zulässig sei, indem für eine Aenderung der Bestimmungen des Formularprocesses im neueren Rechte in diesem nicht die entfernteste Spur zu finden sei. Im §. 31. Inst. IV. 6., welcher von dem zulässigen arbitrium im allgemeinen handelt, werde ebenfalls im allgemeinen nur ausgesprochen, daß, wenn demselben keine Folge geleistet werde, eine condemnatio (pecuniaria) erfolgen müsse, ohne daß des

einen die Bestellung eines anderen möglich sei, hängt von der Natur der einzelnen ab. Es versteht sich von selbst und hängt mit dem Erforderniß der Zuständigkeit des Rechtes für den Veräußernden zusammen, daß er dieses nur in dem Umfange und in der rechtlichen Beschaffenheit auf Andere übertragen kann, wie es für ihn bestand, d. h. mit den etwaigen Beschränkungen und in dem concreten Umkreise seiner absoluten oder mehr oder weniger relativen Wirksamkeit. Es wird dies gewöhnlich

---

restituere als einer Ausnahme von einiger allgemeinen Bedeutung Erwähnung geschieht. Sei nun ferner in der ganzen Justinianeischen Rechtssammlung und in den übrigen Quellen des römischen Rechtes keine Spur der Erzwingbarkeit einer obligatio dandi oder faciendi vorhanden, schweige namentlich der Institutionentitel de officio iudicis gerade in Ansehung dieser ganz, während er von anderen Klagen und der Realisirung ihres Judicates ausführlich spricht, handele außerdem der ganze Codertitel de executione rei iudicatae (VII. 53.), mit Ausnahme der L. 7., bei welcher man, da sie aus der Zeit des Formularprocesses stamme, einen vorhergegangenen iussus annehmen müsse, nur von der Execution wegen pecuniaria condemnatio, und sei endlich das einzige Mittel, eine condemnatio geltend zu machen, die iudicati actio, nirgends anders, als bei Verurtheilung auf Geld vorgekommen, woraus sogar folgen müsse, daß aus einer sententia de restituendo keine iudicati actio habe entstehen können, sondern erst eine aestimatio und condemnatio habe erfolgen müssen, so sei der Mangel alles Beweises für die Erzwingbarkeit einer auf Leistung von Sachen oder Handlungen gerichteten condemnatio im Justinianeischen Rechte vollkommen dargethan. Daraus allein, daß eben die Verurtheilung der letztgedachten Art zulässig gewesen, dürfe man nämlich noch nicht schließen, daß die so gefaßten Urtheile auch ebenso vollstreckbar geworden. Diesem Schlusse widerspreche die vorherige (von Sintenis geschehene) Zusammenstellung der Beweise aus den Quellen durchaus; er wäre dann aber auch ein wahrer Nothbehelf, um wenigstens Etwas zu sagen. Denn es sei nicht einzusehen, warum denn der iussus de exhibendo, tradendo, solvendo, dando u. s. w. nicht auch vollstreckbar gewesen sei, da hier die Auctorität des Richters bei einem Ungehorsam gegen diesen ebenso sehr auf dem Spiele stehe, wie bei dem Ungehorsam gegen eine sententia. Habe Justinian eine Verurtheilung, eine sententia auf Leistung von res und facta im Gegensatze zu den alten Formeln für zulässig gefunden, so sei es gewiß nur geschehen, um sich von Formeln loszumachen, welche überflüssig und pedantisch erschienen, was sie aber gerade in der condemnatio nicht gewesen seien. Hiernach sei also noch im Justinianeischen Rechte bei Personalklagen die pecuniaria condemnatio in Giltigkeit und ein Zwang zur Vollziehung einer Handlung des Privatrechtes unzulässig, da kein rechtlich zulässiger Zwang von der Art sein könne, daß ihn nicht der Widerstand des Ungehorsamen besiegte, und rechtlich unzulässiger Zwang (z. B. harte Strafe) selbst vom Richter ausgegangen, würde die aus Furcht erzwungene Handlung niemals von dem Makel des Zwanges, der Furcht oder der Concussion befreien. Diese Ausführung von Sintenis scheint uns vollkommen zu genügen, um die im Eingange der Note erwähnte Ansicht zu widerlegen. Nach den jetzt geltenden Grundsätzen über Execution ist es zwar zulässig, daß auch die Verurtheilung ad faciendum oder ad tradendum in der Art exequirt werde, daß dem Beklagten die Vornahme der fraglichen Handlung bei einer mäßigen Strafe an Geld oder Gefängniß, welche auch wiederholt werden kann, auferlegt und anbefohlen werde; ist aber dies ungenügend, die Hartnäckigkeit und den Widerstand zu besiegen, so bleibt dem Kläger doch nichts übrig, als im Executionsverfahren einen Antrag auf Ersatz seines Schadens und Interesse zu stellen. Sintenis a. a. O. S. 85 flg. Vgl. auch den Artikel Execution Bd. IV, S. 116 flg.

durch die Regel ausgedrückt: nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet, welche aber in den darüber vorhandenen Quellenzeugnissen[13]) nur in Beziehung auf das Eigenthum vorkommt. Ebenso versteht sich von selbst, daß die kraft eines Rechtes bestellten Rechte von der concreten rechtlichen Beschaffenheit des ersteren abhängen[14]). Beide Sätze heißen mit anderen Worten so viel: es können die durch Veräußerung erworbenen Rechte nicht weiter ausgeübt und geltend gemacht werden, als der Veräußernde selbst es gekonnt oder sein eigenes Recht gereicht haben würde. Dies zeigt sich namentlich sowohl in Ansehung der Durchsetzung dieser Rechte gegen Widerspruch überhaupt, als rücksichtlich ihrer Dauer. Ist nämlich der letzteren eine Grenze gesetzt, so entsteht dadurch ein für die übertragenen, wie für die bestellten Rechte gemeinschaftlicher Grund der Erlöschung.

III. Veräußerungsverbote und deren Wirkungen[15]). Die Befugniß zur Veräußerung gehört zum Inhalt der Rechte des Eigenthums, kann diesen aber, gleich anderen in ihnen enthaltenen Befugnissen, fehlen. Der Mangel oder die Beschränkung der Veräußerungsbefugniß kann auf verschiedenen Gründen beruhen[16]). Der hier in Betracht kommende allgemeine Grund ist ein Veräußerungsverbot. Dieses kann

---

13) L. 54. coll. L. 160. §. 2. L. 175. §. 1. D. 50. 17. L. 20. §. 1. D. 41. 1.

14) Die Regel: nemo plus iuris etc. paßt nicht auf diesen Satz, obwohl sie auch darauf angewendet wird, wenn Jemand ein Recht übertragen hat, welches ihm gar nicht zustand, sowie sie auch auf die Fälle angewendet wird, worauf die Regel: resoluto iure dantis resolvitur ius concessum, bezogen wird (s. Fritz, Erläut. zu Wening Bd. 1, S. 266 flg.), was aber nur zu Verwirrungen und Verwechselungen führt.

15) Lauk, welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nach dem römischen Rechte, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. V, S. 1 flg. Heimbach sen., in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. V, S. 54 flg. Schmid, Handb. des in Teutschland geltenden gem. bürgerl. Rechtes Bd. I, §. 4, S. 33 flg. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach römischem Rechte. München 1854. Von älteren Schriftstellern siehe besonders Glück, Erl. der Pand. Bd. 16, S. 41 flg., 52 flg.

16) Es ist hier nur die Rede von denjenigen Beschränkungen des Veräußerungsrechtes, welche dem Eigenthümer die ihm vermöge seines Eigenthums zustehende Veräußerungsbefugniß entziehen. Außer dem Gebiete der nachfolgenden Erörterungen liegen demnach namentlich: 1) die Bestimmungen über die Veräußerung fremder Sachen; 2) die Grundsätze über die wegen des Mangels sonstiger Erfordernisse, z. B. der Dispositionsfähigkeit des Veräußernden, der Fähigkeit des Erwerbers zum Erwerbe des übertragenen Rechtes, ungiltiger Veräußerungen; 3) die Fälle, wo das Eigenthum schon an sich ein beschränktes ist, wie bei Lehnen und Familienfideicommissen, indem deshalb auf die betreffenden Artikel zu verweisen ist (vgl. den Artikel Lehensveräußerung Bd. VI, S. 576—606 und den Artikel Familienfideicommisse Bd. IV, S. 242 flg.); 4) die Fälle, in welchen das Veräußerungsrecht des Eigenthümers zwar nicht beschränkt ist, einem Anderen aber in Bezug auf den Gegenstand der Veräußerung ein Vorkaufsrecht oder Retractsrecht zusteht, weshalb auf den Artikel Vorkaufsrecht zu verweisen ist.

beruhen auf Gesetz, richterlicher Vorschrift, z. B. auf einem verhängten Arreste, Testamente oder Vertrage. Nach der Verschiedenheit der Gründe der Veräußerungsverbote sind zwar auch die Wirkungen derselben verschieden; immer aber bezieht sich das uneingeschränkte Veräußerungsverbot nicht blos auf die gänzliche oder theilweise Aufhebung des Eigenthums, sondern auch auf die Beschränkung desselben durch die Bestellung dinglicher Rechte an dem Gegenstande des Eigenthums[17]. 1) Ein gesetzliches Veräußerungsverbot besteht nach römischem Rechte in zwei Fällen: a) der Ehemann darf die ihm nicht venditionis gratia taxirt überlassenen, zur dos ihm überlassenen Grundstücke nicht veräußern[18], ingleichen nicht die zur Schenkung wegen der Hochzeit gehörigen[19]; b) Niemand darf eine im Proceß befangene Sache (res litigiosa) veräußern[20]. Andere im römischen Rechte enthaltene Veräußerungsverbote sind außer Anwendung[21]. Im gemeinen Rechte ist ferner begründet das Verbot der teutschen Reichsgesetze[22], Früchte auf dem Halme nicht anders zu verkaufen als um den Preis, welchen die Früchte entweder zur Zeit des Contracts oder in den nächsten 14 Tagen nach der künftigen Ernte haben. Sehr häufig kommen Veräußerungsverbote durch Gesetze einzelner Länder infolge besonderer Umstände vor, z. B. Verbote der Getreideausfuhr zur Zeit eines Getreidemangels u. dergl. Was die Frage betrifft, was die Folge sei, wenn gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot gehandelt worden ist, so lassen die darüber vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen über die unbedingte Nichtigkeit einer solchen Veräußerung keinen Zweifel[23] und es stimmen darin auch ziemlich alle Schriftsteller über=

---

17) L. 7. C. IV. 51. Vergl. auch L. 3. §. 4. 5. D. 27. 9. L. 28. pr. D. 50. 16. Schon der Begriff der alienatio im weiteren Sinne, wie er in den gedachten Stellen aufgefaßt wird, führt dazu.

18) L. 11. 13. §. 2. D. 23. 5. L. un. §. 15. C. V. 13. L. 42. D. 41. 3.

19) Nov. 61. Vgl. L. 13. C. V. 16.

20) L. 2. 3. 4. C. de litigiosis (VIII. 36. (37.)). Vgl. den Artikel Litiscontestation Bd. VI, S. 718 flg. Spätere Abhandlungen darüber sind von Zimmermann, über das Verbot der Veräußerung streitiger Sachen und Forderungen und dessen Umgestaltung im heutigen Rechte, im Archiv für civil. Praxis Bd. 35, S. 431 flg. Bd. 36, S. 49 flg. Hartter, über Veräußerung in Streit befangener Sachen und Rechtsansprüche, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XII, S. 395 flg. Es können die Resultate dieser neuen Ausführungen hier nicht wiedergegeben werden; sie würden zu den Artikeln Litiscontestation und Litispendenz nachzutragen sein.

21) So L. 52. D. 18. 1. L. 2. C. VIII. 10. L. 2. C. IV. 63. L. 1. 2. C. IV. 40. L. 2. C. IV. 42. Tit. Cod. de praed. decur. (X. 34. (33.)). Dahin gehört auch das in L. 35. §. 2. D. 18. 1. enthaltene Verbot des Verkaufes von Giften, sofern sie nicht wenigstens durch Zusatz eines anderen Stoffes von Nutzen sein können, indem es diesfalls heutzutage vielmehr auf die wegen des Verkaufes der Gifte in jedem Lande bestehenden besonderen Verordnungen ankommt. Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 16, S. 42.

22) Reichspolizeiordnung v. 1548 Tit. 19, v. 1577 Tit. 19.

23) L. 5. pr. C. I. 14. L. 42. D. 41. 3. L. un. §. 15. C. V. 13. L. 2. C. de litigiosis. (VIII. 36. (37.)).

ein[24]). Wenn aber auch die Veräußerung nichtig ist, so ist damit noch nicht gesagt, daß auch das Geschäft selbst, welches die Veräußerung vermitteln sollte, wirkungslos sei. Ist freilich das Geschäft selbst verboten, so würde natürlich zunächst das Geschäft und folgeweise die Veräußerung nichtig sein[25]). Vielmehr hat das Geschäft, sofern nur der Promissor nicht Kenntniß von der Unveräußerlichkeit des Gegenstandes hatte, alle Wirkungen eines rechtsgiltigen Geschäftes, welche neben der Nichtigkeit der Veräußerung selbst bestehen können[26]), so daß also die Contractsklage

---

24) Vgl. Lauk a. a. O. S. 8 und die von ihm Angeführten. Schmid a. a. O. §. 4, N. 7, Bd. 1, S. 34 und die von ihm Angeführten.

25) L. 5. pr. C. I. 14. Ob aber und inwiefern durch die Worte des Gesetzes: Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus, die infolge des verbotenen Geschäftes eingetretene Tradition nichtig sei, wie von Mühlenbruch, Pandektenr. Bd. 2, §. 246 und Anderen angenommen wird, ist bestritten. Göschen, Vorles. Bd. 2, §. 278 bemerkt in der Lehre von dem Eigenthumserwerbe durch Tradition: es könne sein, daß das obligatorische Verhältniß, hinsichtlich dessen man tradirt, auf einem verbotenen Rechtsgeschäfte beruhe; nichtsdestoweniger werde die Tradition Eigenthumsübergang bewirken, sobald nur nicht ein Verbot der Veräußerung im Spiele und somit die Tradition selbst untersagt sei; es seien also wohl zu unterscheiden Verbote, welche blos die Entstehung einer giltigen Obligation hindern und solche, welche die Tradition untersagen. Sei blos die Obligation verboten, so werde man zwar dasjenige, was man in Beziehung auf dieselbe dem Anderen übergeben habe, mit einer persönlichen Klage wieder zurückfordern können; aber zu einer Vindication sei man wegen des dennoch erfolgten Eigenthumsüberganges nicht befugt. L. 5. §. 1. D. 12. 7. L. 3. C. III. 43. Diese Ansicht rechtfertigt sich aus folgenden Gründen. Die infolge eines abgeschlossenen Rechtsgeschäftes eintretende Tradition enthält zwei verschiedene Momente, indem sie theils als Erfüllung der Tradition erscheint, theils aber einen selbstständigen Vertrag bildet, welcher mit dem vorausgegangenen Geschäfte nur insofern zusammenhängt, als aus diesem der Wille des Tradenten, Eigenthum zu übertragen, und der Wille des Empfängers, Eigenthum zu erwerben, muß abgeleitet werden können. Die Tradition, als Erfüllung der verbotenen Obligation betrachtet, ist, wie die Obligation selbst, null und nichtig; darauf müssen die Worte der L. 5. C. I. 14. bezogen werden, und darauf beruht die in diesem Falle dem Tradenten zuständige condictio sine causa. Die Tradition, als Act der Uebertragung und des Empfanges des Eigenthums betrachtet, dagegen ist, wenn sich nur aus der vorhergehenden, wenngleich verbotenen, Obligation der Wille des Tradenten, Eigenthum zu übertragen, und der des Empfängers, Eigenthum erwerben zu wollen, ergiebt, giltig, weil es für dieses Moment der Tradition nur auf die Willenseinigung der Contrahenten in Betreff des Eigenthumsüberganges ankommt. Warnkönig, im Archiv für civil. Praxis Bd. VI, S. 115 flg. Vgl. auch den Artikel Uebergabe Bd. XI, S. 545. Allerdings scheinen L. 3. §. 10. 11. D. 24. 1. entgegenzustehen, wie auch Glück, Erl. der Pand. Bd. 8, S. 113. Sintenis, gem. Civilr. §. 49, N. 10, Bd. 1, S. 479 annehmen. Wenn man aber erwägt, daß durch das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten eben die unentgeltliche Veräußerung selbst betroffen wird (s. Lauk, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. 5, S. 7), so verschwindet jener scheinbare Widerspruch. Schmid, Handbuch §. 4, N. 8, Bd. 1, S. 34 flg.

26) Vgl. L. 4. 6. pr. L. 62. §. 1. L. 70. D. 18. 1. L. 39. §. 3. D. 21. 2. L. 9. C. V. 74. L. 4. C. de litigiosis (VIII. 36. (37.)). Nov. 7. cap. 5. Glück a. a. O. Bd. 16, S. 48 flg. Brandis, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. VII, S. 181 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, S. 484. 3. Aufl.

zwar nicht auf Uebergabe der Sache, wohl aber auf Leistung des Interesse, Evictionsleistung u. dergl. angestellt werden kann [27]). Die unbeschränkte Nichtigkeit der Veräußerung zeigt sich darin, daß derjenige, welcher, abgesehen von der Veräußerung, Eigenthümer des fraglichen Gegenstandes sein und das Vindicationsrecht haben würde, die ihm zustehenden Rechte nicht verliert [28]). Dasselbe ist hinsichtlich des Veräußerers selbst der Fall. Es wird dies zwar von den Meisten bei dem letzteren nicht angenommen [29]), indem sie behaupten, daß sowohl nach dem Satze, daß Niemand seine eigenen Handlungen anfechten dürfe, als nach der Bestimmung, daß der Vindication der verkauften Sache von Seiten des Verkäufers selbst die exceptio doli oder rei venditae et traditae entgegenstehe [30]), der Veräußerer selbst die vorgenommene Veräußerung anzufechten und die Sache zu vindiciren nicht befugt sei, außer wenn das Veräußerungsverbot blos den Vortheil des Veräußerers bezwecke [31]). Allein der Veräußerer kann, eben weil die Veräußerung nichtig ist und er also immer noch Eigenthümer bleibt, die veräußerte Sache unbedenklich vindiciren [32]). Es steht zwar seiner Vindication die exceptio rei venditae et traditae mit Recht entgegen, weil das der Veräußerung vorausgehende Geschäft, der Verkauf u. s. w. giltig ist; allein diese an sich begründete Einrede ist unwirksam, weil sie durch eine auf die Nichtigkeit der Veräußerung sich gründende Replik entkräftet wird [33]). Die von den Gegnern angeführten Gründe sind ganz hinfällig. Denn daß man sich nicht auf den allgemeinen Ausspruch der L. 17. D. 21. 2.: „vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse summoveri" berufen dürfe, geht aus den in der letzten Anmerkung angeführten Stellen hervor, in welchen eine Ausnahme von jener allgemeinen Regel dann angenommen wird, si iusta causa vindicandi fuerit, was doch gewiß vorzüglich auf den Fall eines Veräußerungsverbotes

---

27) Wird auch in mehreren Stellen, z. B. L. 22. 34. §. 1. D. 18. 1. L. 22. fin. C. V. 37., wegen Unveräußerlichkeit des Gegenstandes gesagt: nulla est venditio oder emtio, so ist entweder venditio in diesen Stellen gleichbedeutend mit alienatio (vgl. L. 67. pr. D. 50. 16.) oder es ist von einem deshalb, weil der Promissar die Unveräußerlichkeit des Gegenstandes kannte, wirklich nichtigen Geschäfte die Rede (vgl. L. 4. C. de litigiosis (VIII. 36.)) oder es wird endlich damit nur gesagt, daß der eigentliche Zweck des Kaufes nicht erreicht werde; vgl. L. 62. §. 1. D. 18. 1. Siehe Brandis a. a. O. S. 182. Schmid a. a. O. §. 4, N. 9, Bd. 1, S. 36.

28) Vgl. L. 3. 8. 11. 15. 16. C. V. 74. Brandis a. a. O. S. 183.

29) Z. B. von Weber, von der natürl. Verbindlichkeit S. 351. Seuffert, Pand. §. 124, N. 6. Thibaut, System des Pandektenr. Bd. 2, §. 730. Lauk a. a. O. S. 9.

30) L. 17. D. 21. 2.

31) Vgl. Thibaut, System Bd. 1, §. 82, Bd. 2, §. 730, N. g. Lauk a. a. O. S. 9.

32) Vgl. die Ausführung von Brandis a. a. O. S. 184 flg. Vangerow a. a. O. S. 484 flg.

33) L. 1. §. 5. D. 21. 3. Vgl. auch L. 32. §. 2. D. 16. 1.

paßt. Daß ferner hier der allgemeine Satz, Niemand dürfe seine eigenen Handlungen anfechten, unanwendbar sei, ergiebt sich aus der einfachen Erwägung, daß ja hier die Veräußerung als gar nicht geschehen betrachtet wird. Auch liegt in dem in der L. 17. D. cit. vorausgesetzten Falle zwar eine ungiltige Veräußerung, nicht aber eine solche vor, welche infolge eines dem Eigenthümer entgegenstehenden Veräußerungsverbotes ungiltig ist; und die Replik der Ungiltigkeit der Veräußerung kann hier der exceptio rei venditae et traditae deshalb nicht entgegengesetzt oder wenigstens durch eine Duplik entkräftet werden, weil der Grund, auf welchem die Vindication des Verkäufers beruht, zugleich den Umstand, welcher der Giltigkeit der Veräußerung entgegenstand, beseitigt [34]). 2) Ein richterliches Veräußerungsverbot kann verschiedene Gründe haben. Es kann entweder darauf beruhen, daß dem Veräußernden überhaupt die Disposition über sein Vermögen wegen seines verschwenderischen Lebenswandels durch obrigkeitliches Decret (Erklärung für einen Verschwender) entzogen worden ist oder daß zur Sicherheit der Gläubiger überhaupt, wie es bei einem zahlungsunfähigen Schuldner im Falle des bevorstehenden oder ausgebrochenen Concurses gewöhnlich ist, ein allgemeines Veräußerungsverbot an den Schuldner erlassen wird, oder daß zur Sicherheit einzelner Gläubiger außer dem Falle des Concurses infolge gebotener Arrestverfügung die Veräußerung eines einzelnen oder mehrerer Gegenstände dem Schuldner untersagt wird. Auch in diesem Falle gilt rücksichtlich der Wirkungen eines richterlichen Veräußerungsverbotes dasselbe, was in Ansehung der Folgen eines gesetzlichen Veräußerungsverbotes bemerkt worden ist [35]). 3) Ist die Veräußerung einer Sache durch letztwillige Verfügung verboten, so kommt es darauf an, ob Jemand bei der Erhaltung dieses Verbotes ein rechtliches Interesse hat oder nicht. Im letzteren Falle gilt das Verbot der Veräußerung als ein bloßes nudum praeceptum testatoris, welchem nicht Folge geleistet zu werden braucht und was daher rechtlich bedeutungslos und unwirksam ist [36]); im ersten Falle hingegen ist das Veräußerungsverbot sowohl dann, wenn dasselbe die eigene Sache des Testirers, als auch dann, wenn es die Sache des Honorirten betrifft, wirksam [37]); das Verbot begrün-

---

34) Vgl. L. 17. D. 23. 5. S. Schmid a. a. O. N. 10, Bd. 1, S. 37.

35) L. 12. D. 41. 3.: Si ab eo emas, quem Praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes. Darüber, daß hier absolute Nichtigkeit eintrete, siehe Wening-Ingenheim, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. I, S. 362 flg. Brandis ebd. Bd. VII, S. 194 flg. Vangerow a. a. O. S. 485. Göschen, Vorlesungen Bd. 2, §. 229. Sintenis a. a. O. Bd. 1, S. 405.

36) L. 114. §. 4. D. 30. L. 38. §. 4. D. 32. Lauk a. a. O. S. 10 flg. Sintenis a. a. O. S. 406. Heimbach, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. V, S. 54 flg.

37) L. 114. §. 4. D. 30. Jedoch soll ein solches Veräußerungsverbot nach dieser Stelle weder dem Fiscus, noch den Gläubigern zum Nachtheile gereichen, also einem nothwendigen Verkaufe nicht entgegenstehen. S. Heimbach a. a. O. S. 55.

det jedoch nur dann eine Nichtigkeit der Veräußerung, wenn der Testator zum Vortheil einer bestimmten Person seine eigene Sache zu veräußern verboten hat, indem solchenfalls das Veräußerungsverbot zugleich die Anordnung eines Vermächtnisses enthält und also mit dem letztwilligen zugleich ein gesetzliches Verbot zusammentrifft[38]; außerdem, namentlich wenn der Testator dem Honorirten eine eigene Sache desselben zum Vortheil einer bestimmten dritten Person zu veräußern verboten hat, ist die Veräußerung an sich giltig und es findet nur ein Entschädigungsanspruch von Seiten des Interessenten gegen den veräußernden Honorirten statt[39]. Ist jedoch blos im Interesse des Honorirten selbst dessen Vormündern die Veräußerung untersagt, so ist die dennoch von den letzteren vorgenommene Veräußerung nichtig und die veräußerte Sache selbst der Ersitzung entzogen[40]. 4) Beruht das Veräußerungsverbot auf einem Vertrage, pactum de non alienando, so wird zur Wirksamkeit desselben ebenfalls vorausgesetzt, daß derjenige, mit welchem der Eigenthümer einen solchen Vertrag eingegangen hat, bei dessen Einhaltung interessirt ist[41]. Manche[42] nehmen zwar an, daß in der in der vorigen Note angeführten Gesetzstelle (L. 61. D. 2. 14.) dem vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nur als einem pactum nudum die Wirksamkeit abgesprochen sei, während in einer anderen Stelle[43] die bindende Kraft eines in der Form der Stipulation geschlossenen Vertrages, wodurch die Veräußerung einer Sache verboten werde, unbeschränkt anerkannt sei. Richtiger ist aber die Annahme, daß die L. 61. D. cit. den gewöhnlichen Fall, nämlich den, daß Jemand, welcher zu der Sache eines Anderen in keinem besonderen rechtlichen Verhältnisse steht, bei der Veräußerung oder Nichtveräußerung derselben kein Interesse haben wird[44], die andere Stelle (L. 11. D. 11. 7.) aber nicht den zwischen der Stipulation und dem pactum nudum rücksichtlich der bindenden Kraft beider Geschäfte stattfindenden Unterschied darstellen will, sondern nur zu zeigen bezweckt,

---

38) L. 3. §. 2—4. C. VI. 43. Vgl. L. 114. §. 14. D. 30. L. 12. §. 5. fin. D. 7. 1. L. 69. §. 1. 3. L. 77. §. 27. L. 88. §. 14. D. 31. Vgl. rücksichtlich der Anwendung auf römische Familienfideicommisse Heimbach a. a. O. S. 55 flg. Ueber die Folgen der letztwilligen Veräußerungsverbote überhaupt siehe Lauk a. a. O. S. 11 flg. Vangerow a. a. O. S. 485. Göschen a. a. O. Puchta, Pandekten §. 115 und in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 12, S. 221.

39) Lauk a. a. O. S. 11 flg. Vangerow a. a. O. S. 485. Sintenis a. a. O. S. 406, N. 23.

40) L. 2. C. VII. 26. Es ist dies jedoch eine singuläre Vorschrift, welche nicht ausgedehnt werden darf. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 38, S. 135.

41) L. 61. D. 2. 14. Lauk a. a. O. S. 12 flg. Vangerow a. a. O. S. 486. Puchta, Pandekten §. 145 und in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 12, S. 222.

42) Hert, de pacto, ne dominus rem suam alienet. §. 2. (in Eiusd. Opusc. Vol. I. T. 3. p. 64.)

43) L. 11. D. 11. 7.

44) Lauk a. a. O.

daß das wegen des fehlenden Interesse unwirksame pactum durch eine Pönalstipulation, durch welche eben ein Interesse künstlich gebildet wird, wirksam werden könnte [45]). Wenn Göschen [46]) in der L. 61. D. cit. nur die Bestimmung finden will, daß ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot die Giltigkeit der dennoch vorgenommenen Veräußerung nicht hindern könne, so ist es doch in Betracht, daß nach dieser Gesetzstelle Niemand durch Vertrag bewirken kann, daß ihm die Veräußerung seiner Sache nicht erlaubt sei, richtiger, dieselbe auf die Zulässigkeit des pactum de non alienando und nicht auf dessen Wirkungen zu beziehen, da die Uebertretung eines giltigen vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes, wenn sie auch keine Ungiltigkeit der Veräußerung, sondern nur eine Forderung auf Leistung des Interesse begründet, nicht wohl als erlaubt bezeichnet werden kann [47]). — Ist aber auch für den genannten Contrahenten ein begründetes Interesse an der Einhaltung des pactum de non alienando vorhanden, so bewirkt doch die Uebertretung des vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes als solchen keine Ungiltigkeit der geschehenen Veräußerung, sondern sie hat nur einen Entschädigungsanspruch des dadurch verletzten Contrahenten zur Folge [48]). Insbesondre wird in folgenden Fällen das Dasein eines genügenden Interesse und die Wirksamkeit des pactum de non alienando anerkannt: a) wenn eine Conventionalstrafe für den Fall der Uebertretung des Veräußerungsverbotes bestimmt worden ist [49]). Die geschehene Veräußerung bleibt in diesem Falle zwar bei Kräften; es findet aber eine persönliche Klage auf die Leistung der für diesen Fall verabredeten Conventionalstrafe gegen den Contrahenten, welcher die Veräußerung vornahm, statt [50]). b) Wenn demjenigen, welcher ein pactum de non alienando mit dem Eigenthümer einer Sache eingeht, an dieser ein dingliches Recht, insbesondre ein Pfandrecht zusteht. Auch in diesem Falle begründet übrigens das ver-

---

45) Glück, Erl. der Pand. Bd. 16, S. 56. Vangerow a. a. O. S. 486. Sintenis a. a. O. S. 405, N. 16. Schmid a. a. O. §. 4, N. 17, Bd. 1, S. 39 flg.

46) Göschen, Vorles. Bd. 2, §. 229.

47) Schmid a. a. O. N. 17, S. 40. Von Sintenis a. a. O. S. 405 (vgl. auch Fritz, Erl. zu Wening Bd. 1, S. 380) wird das pactum de non alienando wegen der L. 61. D. 2. 14. im allgemeinen als unzulässig anerkannt und davon nur in folgenden Fällen eine Ausnahme anerkannt: wenn eine Conventionalstrafe beigefügt ist; ferner nach L. 135. §. 3. D. 45. 1. bei der Uebertragung des Eigenthums an Andere; und endlich nach L. 7. §. 2. D. 20. 5. in dem Falle, wenn der Pfandgläubiger mit dem Verpfänder einen solchen Vertrag abschließt. Allein nach den allgemeinen Grundsätzen von der Verbindlichkeit der Verträge dürfte es richtiger sein, mit Schmid a. a. O. S. 40 die L. 61. D. cit. in der oben angegebenen Weise zu beschränken.

48) L. 75. D. 18. 1. Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 16, S. 53. Lauk a. a. O. S. 12 flg. Fritz a. a. O. S. 285. Puchta, in der Zeitschrift für gesch. RW. Bd. 12, S. 222 flg.

49) L. 11. D. 11. 7.

50) Vangerow a. a. O. S. 486. Puchta, Pandekten §. 145.

tragsmäßige Veräußerungsverbot, wenn ihm entgegengehandelt wird, blos eine Entschädigungsklage des dadurch benachtheiligten Contrahenten gegen den Veräußerer, nicht aber eine Nichtigkeit der Veräußerung selbst[51]).

---

51) Dies ist allerdings bestritten. Die Frage, welche Wirkung ein pactum de non alienando habe, worin derjenige, welchem ein dingliches Recht an einer fremden Sache zusteht, sich die Nichtveräußerung versprechen läßt, und wenn insbesondre der Pfandgläubiger mit dem Schuldner einen solchen Vertrag schließt, wird in L. 7. §. 2. D. 20. 5. nach der Lesart des Florentinischen Pandektenmanuscriptes dahin entschieden; Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit. Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. Andere Handschriften enthalten dagegen folgende Schlußworte: nullam esse pactionem, ut venditioni stetur. Vgl. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. 3, Anh. VIII, S. 633. Ein Zeugniß für die eine oder andere Lesart ist aus den Basiliken nicht zu entnehmen; dieselben enthalten Lib. XXV. Tit. 7. cap. 7. th. 3. weiter nichts als: *καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνεῖ, μὴ ἐξεῖνοι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον*. Von Manchen (Hert l. c. §. 3 sq. Glück a. a. O. Bd. 16, S. 56 flg. Lauk a. a. O. S. 13. Fritz, Erl. Bd. 2, S. 282, 286. Vangerow a. a. O. S. 486 flg. Sintenis, gem. Civilr. Bd. 1, S. 405, 406, N. 16) wird die Florentinische Lesart als die richtige angesehen und der Inhalt der Stelle so aufgefaßt: der Pfandgläubiger habe durch einen solchen Vertrag sein dingliches Recht, welches er an der Sache habe, erweitert, und eben deshalb könne er nicht blos gegen den Contrahenten, sondern gegen jeden Besitzer der Sache auftreten; er brauche also die Veräußerung nicht anzuerkennen, was für ihn die wichtige Folge habe, daß er, wenn etwa Concurs zum Vermögen des neuen Eigenthümers ausbrechen sollte, die Sache von der Masse vorweg nehmen könne und daß er sich die exceptio excussionis nicht gefallen zu lassen brauche. Puchta, Institutionen Bd. 2, S. 648, e) hält die angeführte Gesetzstelle, wenn man sie nach der Florentine lese, für das Gedankenloseste, was ein römischer Jurist geschrieben habe. Diesem ist auch unbedenklich beizutreten. Nach der aufgeworfenen Frage, an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit, konnte nach den allgemeinen Grundsätzen über das pactum de non alienando und dessen Wirkungen gar keine andere Antwort, als die in anderen Handschriften enthaltene: nullam esse pactionem, ut venditioni stetur ertheilt werden; eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen konnte nicht blos in der Art, wie die Florentinische Lesart lautet: certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur hingestellt, sondern mußte umständlicher motivirt werden. Daß gerade für den Pfandgläubiger, der einen solchen Vertrag mit dem Verpfänder eingegangen hat, ein besonderer Grund zu einer Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkungen eines vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes vorliege, ist ebenfalls nicht anzunehmen; denn das Pfandrecht wird durch die Veräußerung nicht berührt und geht mit der Sache auf den neuen Eigenthümer über. Wenn alle die Gründe, welche Sintenis a. a. O. für eine Ausnahme bei dem Pfandgläubiger geltend macht, z. B. die Verschiedenheit des Beweises gegen Dritte, ferner, daß diese, wenn ein solcher Vertrag vorliegt, das beneficium excussionis nicht haben, daß der Gläubiger nicht dem Angebotsrechte der Gläubiger ausgesetzt ist, welchen der Dritte als Eigenthümer Pfandrechte bestellt hat, daß die Frage vom Absonderungsrechte den letztgedachten Pfandgläubigern gegenüber für den älteren, welcher ein pactum de non alienando eingegangen hat, gar nicht entstehen kann, daß bei einem Dritten leicht Pfandrechte entstehen können, welche einen Vorzug genießen, dem Verfasser der fraglichen Stelle, Marcian, vorgeschwebt hätten, so würde er doch wenigstens einen derselben angeführt haben, um eine von den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkungen eines vertrags=

c) Wenn der frühere Eigenthümer einer Sache bei der Uebertragung derselben an den neuen Eigenthümer mit diesem ein pactum de non alienando einging[52]). In Ansehung der Wirkungen des vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes kommt es zunächst darauf an, ob das pactum de non alienando dem Hauptgeschäfte als Resolutivbedingung oder als sonstige Nebenverabredung beigefügt worden ist. Im ersten Falle treten die allgemeinen Grundsätze über die Wirkungen des Eintrittes einer Resolutivbedingung auch hier unverändert ein[53]). Im letzteren Falle wird die dennoch vorgenommene Veräußerung zwar nicht ungiltig; sie begründet aber einen Entschädigungsanspruch des bei der Unterlassung der Veräußerung interessirten Contrahenten[54]). — Ist zur Sicherstellung der

mäßigen Veräußerungsverbotes stattfindende Ausnahme, wie sie in der Stelle nach der Florentinischen Lesart liegt, zu rechtfertigen; mit dem bloßen certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur, konnte er nach der aufgeworfenen Frage die Entscheidung nicht geben.

52) L. 9. fin. C. IV. 54. Die Stelle redet zwar zunächst nur von dem Falle, wenn der Verkäufer oder überhaupt der Veräußerer ausgemacht hat, daß der Käufer oder überhaupt der neue Erwerber auf dem veräußerten Grundstücke kein Grabmal errichten oder das Grundstück nicht zu einer res divini iuris machen solle. Da dies aber nur eine specielle Art der Veräußerung ist, und die Schlußworte: cum etenim venditor vel alter alienator non alia lege ius suum transferre passus est, nisi tali fretus conventione: quomodo ferendum est, aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione? lauten allgemein.

53) Vgl. den Artikel Bedingung Bd. I, S. 771.

54) L. 135. §. 3. D. 45. 1. L. 3. C. IV. 6. Vgl. L. 75. D. 18. 1. L. 21. §. 5. D. 19. 1. Manche nehmen auch in diesem Falle eine Nichtigkeit der Veräußerung an; die dafür angeführten Gesetzstellen vermögen dies aber nicht zu rechtfertigen. Denn 1) die in L. 3. C. IV. 6. vorkommenden Worte: id efficit, ne alteruter vestrum prorsus alienet, haben blos Bezug auf die factische Folge des vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes; die rechtliche Folge der Uebertretung desselben wird dagegen in den Worten: ut donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit condictio servata, quaeratur ausgesprochen, so daß also eine condictio, eine persönliche Klage auf Rückgabe oder Ersatz der Sache stattfindet; vgl. Lauk a. a. O. S. 14. Fritz a. a. O. S. 286. Vangerow a. a. O. S. 487. Göschen, Vorles. Bd. 2, §. 229. Puchta, Pandekten §. 145. Schmid a. a. O. S. 43; 2) L. 7. C. de revoc. donat. (VIII. 55. (56.)), welche in Ansehung des Widerrufes einer Schenkung sagt: actionem vero — ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum, nec in heredem detur, nec tribuatur heredi, gehört gar nicht hierher; denn sie handelt weder von einem Veräußerungsverbote überhaupt, noch von einem vertragsmäßigen insbesondre; handelte sie davon, so würde sie nichts beweisen, da der Ausdruck vindicatio hier nicht die Eigenthumsklage bezeichnet, sondern gleichbedeutend mit dem Worte vindicta gebraucht ist, um dadurch eine sog. actio vindictam spirans zu bezeichnen, wie der Zusatz: nec in heredem detur, nec tribuatur heredi, beweist, indem solche Klagen weder auf, noch gegen die Erben übergehen; vgl. Lauk a. a. O. S. 16 flg. Fritz a. a. O. Vangerow a. a. O. S. 488. Schmid a. a. O. S. 43; 3) die in L. 5. C. IV. 57. enthaltene Vorschrift, daß die Freilassung eines Sclaven, welche bei dessen Verkauf untersagt worden war, ungiltig sein und ihm nicht die Freiheit verschaffen solle, wenn nicht bei diesem Rescripte besondere Verhältnisse vorauszusetzen sind, eine nicht auszudehnende Singularität des pactum, ne servus manumittatur; s. Lauk a. a. O. S. 16. Fritz a. a. O. S. 287. Vangerow a. a. O. Schmid a. a. O.; 4) L. 9 C. IV. 54., wo

aus dem pactum de non alienando entspringenden Rechte an dem Gegenstande, dessen Veräußerung untersagt ist, ein Pfandrecht bestellt worden, so ist dennoch die gegen das vertragsmäßige Veräußerungsverbot vorgenommene Veräußerung nicht ungiltig [55]). Selbstverständlich kann aber auch in diesem Falle unter den gewöhnlichen Voraussetzungen von der hypothekarischen Klage auch gegen den dritten Besitzer der Sache Gebrauch gemacht werden [56]). Der Grund, warum die dem Veräußerungs-

von der bei der Uebertragung des Eigenthums verbotenen Verwandelung der Sache in eine res divini iuris bestimmt wird: ut novo domino nullo modo liceat, erklärt zwar eine solche Nebenberedung für wirksam, spricht sich jedoch über die Wirkungen der dagegen vorgenommenen Handlung nicht aus; Lauk a. a. O. S. 15 flg. Vangerow a. a. O. S. 487 (die anderweite Erklärung dieser Stelle von Mühlenbruch, Lehre von der Cession, 3. Aufl., S. 327 flg., es sei hier von einer bei Veräußerung des Grundstückes reservirten Servitut die Rede, ist zu gesucht, indem die Worte des Gesetzes dafür gar keinen Anhalt bieten). Es kann auch hier nicht von einer Ungiltigkeit der dem Verbote zuwider unternommenen Verwandelung des Grundstückes, z. B. in einen locus religiosus, die Rede sein; denn selbst wenn Jemand einen Leichnam auf einem fremden Grundstücke ohne Einwilligung des Eigenthümers begräbt, hat der Eigenthümer nur eine persönliche Klage, in factum actio, auf Wegschaffung des Leichnams oder Bezahlung des Werthes des Platzes. L. 2. §. 1. L. 7. pr. D. 11. 7. Puchta, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 12, S. 224, nimmt an, daß hier, wo es sich nicht um das Verbot einer Veräußerung, welche einem Dritten ein Recht gebe, handele, dem Berechtigten nicht blos eine Klage auf das Interesse, sondern auch die Befugniß, die Verfügung selbst durch Einspruch zu hindern, zustehe, daß aber diese erweiterte Wirksamkeit des Vertrages jedenfalls auf die Fälle, von welchen das Gesetz spreche, zu beschränken sei. 5) L. 7. C. IV. 51. ist ebenfalls ungenügend, die Ungiltigkeit einer gegen das pactum de non alienando vorgenommenen Veräußerung überhaupt oder in dem hier behandelten Falle zu beweisen. Man hat allerdings dafür angeführt, daß das angeführte Gesetz von der Wirkung der vertragsmäßigen Veräußerungsverbote ganz dieselben Ausdrücke brauche, wie von der Wirkung der gesetzlichen und letztwilligen Veräußerungsverbote, deren Verletzung bekanntlich Nichtigkeit der Veräußerung herbeiführe, und daß die im Gesetze vorkommenden Ausdrücke „penitus prohiberi“ und „servitutes minime imponi“ auch geeignet seien, die Nichtigkeit der verbotenen Veräußerung auszudrücken. Dagegen ist aber mit Fritz, Erläut. Bd. 2, S. 288, 289 und Anderen Folgendes zu bemerken. Die gedachten Ausdrücke sagen nur, die fraglichen Handlungen sollen nicht geschehen. Hätten sie den Sinn, daß jene Handlungen nichtig seien, so müßte L. 3. C. IV. 6. denselben Sinn haben, und doch geht aus dieser Stelle hervor, daß sie denselben nicht hat. Daß von den verschiedenen Arten der Veräußerungsverbote dieselben Ausdrücke gebraucht werden, beweist ebenfalls nichts; denn der Zweck des Gesetzes war nur, im allgemeinen zu bestimmen, was unter dem unbestimmten Ausdrucke alienatio zu verstehen sei, nicht aber, welche rechtliche Folge eintreten solle, wenn das, was darunter zu verstehen sei, gegen das Verbot geschehe. Vgl. Gmelin, de pacto non alienando. 1798. §. 13 sq. Glück, Erl. der Pand. Bd. 16, S. 62 flg. Lauk a. a. O. S. 14 flg. Puchta, in der Zeitschrift für gesch. RW. Bd. 12, S. 221. Schmid a. a. O. Bd. 1, S. 43 flg.

55) A. M. sind Glück a. a. O. Bd. 16, S. 67 und von älteren Juristen Wernher, Sel. Obs. for. T. I. P. II. Obs. 372. nr. 35. Stryk, Cautel. contractuum, Sect. I. cap. 3. §. 34. Hert, Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. §. 22.

56) Vgl. Mühlenbruch, Cession S. 328 flg. Lauk a. a. O. S. 17.

verbote zuwider unternommene Veräußerung auch im Falle eines am Gegenstande der Veräußerung bestellten Pfandrechtes nicht ungiltig ist, liegt darin, daß ein Pfandrecht nur das ohnehin schon begründete Recht sichern, kein Recht aber in ein anderes stärkeres verwandeln kann.

IV. Freiwillige und nothwendige Veräußerung. In der Regel hängt die Veräußerung von dem freien Willen des Eigenthümers ab. Es giebt aber auch Ausnahmefälle, in welchen die Veräußerung erzwungen werden kann, z. B. infolge eines einem Dritten bestellten Pfandrechtes, infolge der Provocation eines Miteigenthümers auf Theilung einer gemeinschaftlichen Sache. Diese Fälle sind in den betreffenden Artikeln bereits erörtert worden. Ein namentlich in neuerer Zeit sehr häufig vorkommender Ausnahmefall ist der der sog. Expropriation, Zwangsenteignung, Zwangsabtretung, Zwangsveräußerung, welcher bereits in einem anderen Artikel gedacht ist[57]).

Heimbach sen.

Verbrechen ist Uebertretung des Strafgesetzes[1]), oder genauer, jede schuldhafte gegen unveräußerliche Rechtsforderungen gerichtete, die Ordnung der Staatsgesellschaft störende oder den Friedensbund, welcher dem Staate zu Grunde liegt, verletzende und deshalb von letzterem nach dem in ihm geltenden Rechte mit Strafe bedrohte Handlung und Unterlassung[2]). Dieses im Staate geltende Recht heißt nach seinem Gegenstande, dem Verbrechen, crimen, das Criminalrecht, nach der in ihm speciell zur Aufrechthaltung der gesellschaftlichen Ordnung und öffentlichen Sicherheit angedrohten Wirkung, der Strafe, aber auch das Strafrecht. Das Strafrecht basirt auf der Nothwendigkeit der Auf-

---

Vangerow a. a. O. S. 488. Göschen, Vorles. Bd. 2, §. 299. Schmid a. a. O. S. 44.

57) Vgl. den Artikel Expropriation Bd. IV, S. 136 flg. der 2. Ausgabe. Von neuerer Literatur füge noch hinzu Häberlin, die Lehre von der Zwangsenteignung oder Expropriation historisch-dogmatisch erörtert, im Archiv f. civil. Praxis Bd. 39, S. 1—47, 147—218.

1) Nicht strafbare Rechtsverletzung oder Rechtsgefährdung, sondern Uebertretung eines Strafgesetzes ist das Verbrechen. Denn dadurch, daß wir etwas verlieren oder einer Sache beraubt werden, die Gegenstand unseres Rechtes ist, dadurch, daß uns ein Gut, welches uns rechtlich zusteht, entzogen oder vermindert wird, wird ja unser Recht selbst weder vermindert noch entzogen. Will man also das Verbrechen als Rechtsverletzung betrachten, so darf dieser Begriff nicht auf das Recht, sondern auf das Gut, welches seinen Gegenstand bildet, bezogen werden und mit Recht sagt Henrion de Pansey (de l'autorité judicaire en France, ch. 20.): „der Gegenstand aller Strafrechtswissenschaft ist die Erhaltung jener großen Güter, auf welche sich der Zweck aller politischen Vereinigung bezieht, nämlich des Lebens, der bürgerlichen Freiheit und des Eigenthums. Alles, was der Mensch thut, um Andere dieser Güter zu berauben oder sie in ihrem Genusse zu stören, ist Verbrechen." Vgl. Birnbaum, im Archiv des Criminalr. 1834 S. 149.

2) Heffter, Lehrbuch des gem. teutschen Strafr. §. 29. — Vergl. auch Berner, Begriff des Verbr., im Archiv des Criminalr. 1849 S. 442.

rechthaltung der Rechtsordnung und der Zweck der Strafe kann kein anderer sein, als Störungen dieser Rechtsordnung entgegenzutreten und letztere selbst aufrecht zu erhalten; sobald nämlich die fragliche Unordnung und Gesetzübertretung von der Art ist, daß die dadurch an den Tag gelegte Willensrichtung durch die Folgen, welche das Privatrecht daraus ableitet, nicht regulirt noch corrigirt werden kann, sondern den sinnlichen Anreizungen zu solcher abnormen Willensbestimmung und zur Verübung solchen Unrechtes durch sinnliche Uebel begegnet werden muß, welche Sinnlichkeit und Leidenschaft durch straffes Anziehen der Zügel zu bekämpfen wohl geeignet sind und eben darum mit dem Namen der Strafen belegt zu werden pflegen [3]). Die meisten Verbrechen sind schon durch das natürliche Rechtsgefühl als solche gestempelt und werden immer und überall, zu allen Zeiten und bei allen Völkern, mit Strafen belegt (sociales Unrecht); manche gelten aber nur nach den bei einzelnen Völkern herrschenden, in Klima, Religion, Sitte und Lebensart begründeten Ansichten für Verbrechen. „Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis“ [4]). — Hierüber und über das dem Strafrechte jeden Zeitalters zu Grunde liegende Princip, ferner über die zu verschiedenen Zeiten herrschenden Strafgattungen, sowie über das bei Untersuchung und Bestrafung der Verbrechen beobachtete Verfahren giebt die Geschichte des Strafrechtes näheren Aufschluß [5]). Dieselbe zerfällt am schicklichsten in fünf Perioden

1. Periode: bis zum Abgange der Karolinger, ao. 888. In den ältesten Zeiten herrschte die Selbst- und Blutrache, d. h. der Beleidigte suchte sich selbst zu helfen, wenn er es nicht vorzog, mit dem Beleidiger sich zu vergleichen und eine Buße zu fordern, wovon die eine Hälfte dem Beleidigten selbst und seinen Anverwandten, die andere Hälfte aber dem Könige oder der Volksgemeinde gebührte [6]). Getödtet wurden nur Verräther, Ueberläufer und Feige; Körperstrafen aber durften nur die Priester während eines Krieges verhängen [7]). Im Hause und in der Familie regierte der Hausherr und Familienvater unumschränkt und hatte über Leben und Tod seiner Frau, seiner Kinder und seines Gesindes zu gebieten [8]). — In so einfachen Verhältnissen lebten

---

3) Bürgerliche Gerechtigkeitstheorie. Vgl. Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, Beitr. I, S. 4.

4) Ulpian. Dig. de V. S. L. 42. Vgl. Birnbaum, über den Begriff des natürlichen Verbrechens, im Archiv des Criminalr. 1836 S. 560.

5) Henke, Grundriß einer Geschichte des teutschen peinl. Rechtes. 2 Bde. 1809. Eichhorn, teutsche Staats- und RG. (passim). Roßhirt, Gesch. u. Syst. des teutschen Strafrechtes 1838. Wilda, Strafrecht der Germanen. Osenbrüggen, das Criminalrecht und der Zeitgeist, im Archiv des Criminalr. 1855 S. 261.

6) Pars multae regi vel civitati, pars ipsi, qui vindicatur vel propinquis eius exsolvitur. Tacitus, de M. G. c. 12.

7) Tacitus, cit. c. 7. 12.

8) Henke, Gesch. des peinl. Rechtes S. 8.

die Teutschen, die uns Tacitus beschreibt, und die Grundzüge dieser Verfassung, namentlich die Herrschaft des privatrechtlichen Elementes im Criminalrechte, blieb auch im Laufe dieser ganzen Periode. Todesstrafen kamen nur selten vor, obgleich Diebstahl und Verletzung des Eigenthums überhaupt, als das den Teutschen und namentlich den Sachsen verhaßteste Verbrechen, mit dem Tode allerdings schon bestraft zu werden pflegte, und die Bußen dauerten, namentlich bei Raub, Mord und Friedensbruch, fort, so jedoch, daß wenn die Interessenten überhaupt dazu entschlossen waren und nicht den Weg der Selbstrache und Fehde vorzogen, die Höhe der Buße nicht mehr ihrer Willkür überlassen blieb, sondern desfalls der Richter an die Stelle des Beleidigten trat und die Genugthuung theils für ihn selbst als Wehrgeld oder compositio, theils für die Volksgemeinde oder den Staat als fredus oder fredum, bestimmte. Die Fälle und Beträge dieser Geldstrafen beruhten auf Herkommen und alten Gewohnheiten, wie solche in den sog. Volksgesetzen (leges barbarorum) und in den fränkischen Capitularien aufgezeichnet zu finden sind. Es zeichnen sich übrigens letztere durch große Milde, namentlich bei Friedensbrüchen und anderen Gewaltthaten, sowie durch merkwürdige Genauigkeit bei Feststellung und Abstufung der Strafbeträge aus[9]) und nur bei wenigen Verbrechen, vorzüglich aber bei solchen, wo Hinterlist und Falschheit vorherrschen, wie bei Falsum und Vergiftung, ingleichen bei Ehebruch, waren schmachvolle Verstümmelungen und Todesstrafen vorgeschrieben[10]). Bei anderen Verbrechen, außer Raub, Mord und Friedbruch, durfte der Beleidigte das Gericht, welches entweder ordentlich (ungeboten) oder außerordentlich (geboten) war und vom Grafen präsidirt wurde, nicht umgehen, sondern er mußte den Beleidiger dorthin fordern oder mahnen (mannitio, adrhamitio) und konnte erst, wenn er wegen Ungehorsams in die Acht gefallen war, Rache an ihm nehmen[11]). Kläger konnte die Klage durch Eid mit Eideshelfern (conjuratores, consacramentales) oder durch Zeugen und Urkunden beweisen; vorher aber durfte der Beklagte mit denselben Beweismitteln sich reinigen. Doch konnte wiederum Kläger den Beweis des Beklagten durch Ordal (Zweikampf, Kesselfang und Feuerprobe) umstoßen und auch Beklagter konnte, wenn er wollte, es gleich auf dieses ankommen lassen[12]). Schließlich verkündete der Graf das Urtheil. Ihm standen hierbei die Rachinburgen und Sachibaronen als Urtheiler und Urtheilsfinder zur Seite[13]); sie wichen aber späterhin den unter Aufsicht und

---

9) Henke, Gesch. I, S. 27 flg.

10) Lex Wisigoth. VI. 2. §. 2. VII. 5. 6. Lex Burgund. tit. 52. Henke, Gesch. I, S. 42 flg., 46.

11) Eichhorn, teutsche St.= u. RG. §. 76.

12) Eichhorn, RG. §. 77.

13) Eichhorn, RG. §. 75.

Leitung der missi gewählten Schöffen[14]). Es kamen nämlich in der zweiten Hälfte dieser Periode die Sendgerichte unter den Sendgrafen (missi) auf, an welche gegen das vom Grafen verkündigte Urtheil, sowie gegen das Urtheil des Sendgrafen wiederum an den König appellirt werden konnte[15]).

2. Periode: bis zu Rudolf von Habsburg, ao. 1273. Was in den Capitularien sowohl in Bezug auf Beurtheilung und Bestrafung der verschiedenen Verbrechen als auch mit Rücksicht auf Jurisdictionsverhältnisse und Criminalverfahren weise und wohlthätig geordnet war, das gerieth im Laufe der 2. Periode wieder in Unordnung und Regellosigkeit. Die Capitularien behielten jedoch noch ihre Geltung und die Privatbußen dauerten fort. An die Stelle der abgekommenen Rachinburgen und Sachibaronen waren schon am Ende der vorigen Periode die Schöffen getreten. Jedes Gericht mußte nämlich mit einem Richter und 12 oder wenigstens 7 Schöffen besetzt sein und einen Frohnboten haben[16]). Die Klage wurde im gehegten Gerichte vom Kläger oder seinem Vorsprecher angebracht und Beklagter hatte darauf sogleich bekennend oder verneinend zu antworten, konnte auch letzterenfalls mittelst Eides sich reinigen. Hatte aber der Kläger den Beklagten in handhafter That ergriffen oder konnte er ihn durch gerichtliches Zeugniß überführen, so wurde Beklagter zum Eide nicht gelassen. Beim Beweise waren Zeugen und Urkunden die ordentlichen, Eid und Gottesurtheil aber die außerordentlichen Beweismittel[17]). Was in den Land- oder Grafengerichten verhandelt wurde, bot den Stoff zu den Rechtsbüchern, die daher auch Landrechte heißen[18]) und unter welchen namentlich das sächsische Landrecht oder der Sachsenspiegel sich auszeichnet.

3. Periode: bis zur C. C. C. ao. 1532. An die Stelle der Privatbußen traten Geld- und andere Strafen, welche namentlich in den Statuten und in dem Gebrauche der Gerichte gegründet waren. Die

---

14) Eichhorn, RG. §. 165.

15) Eichhorn, RG. §. 164.

16) Eichhorn, RG. §. 381. — Dies war auch die Verfassung der, wie es scheint, aus den Sendgerichten zu Ende dieser Periode entsprungenen, unter Autorität des Kaisers und seines Vicars, des Erzbischofs von Köln als Herzogs von Westphalen, in westphälischen Landen (auf rother Erde), je nach Beschaffenheit der zu richtenden, entweder mit Geld ablösbaren oder unablöslichen Verbrechen (zu welchen letzteren Ketzerei, Zauberei, Kirchenraub u. dergl. gehörten), theils öffentlich als Volksgerichte, theils heimlich als Stillgerichte, abgehaltenen, von einem Freigrafen präsidirten, Vehmgerichte. (J. Möser, von den westphäl. Freigerichten, in d. patr. Phantas. IV, S. 193. Kopp, über die Verfass. der heiml. Gerichte in Westphalen. 1794.) Dieselben steuerten anfänglich auf wohlthätige Weise der Gewalt und Willkür, arteten aber bald selbst in solche aus und erloschen endlich im 16. Jahrhundert.

17) Eichhorn, RG. §. 382.

18) J. Weiske, Abhandl. aus dem teutschen Rechte S. 14. — Diese Landrechte wurden erst gesammelt, als das ihren Inhalt bildende Recht in Verfall kam und vom fremden Rechte verdrängt wurde.

alten Gesetze, namentlich auch die fränkischen Capitularien, wurden durch diese Localrechte und Gerichtsbräuche in den Hintergrund gedrängt, sodaß das Criminalrecht immer mehr in Unsicherheit und Schwankung gerieth. Die Einführung des römischen Rechtes besserte diesen Uebelstand einigermaßen und das kanonische Recht führte zugleich den Untersuchungsproceß ein oder regte doch denselben an. Ulrich Tenzler und Durante fanden daher schon das Recht des Richters, gegen den Verdächtigen auf bloßen Leumund, ohne förmliche Klage, zu verfahren und ihn auf bloße Anzeichen, ohne förmlichen Beweis zu verurtheilen, im römischen und kanonischen Rechte gegründet [19]). Das Bestreben aber, so viel als möglich über bloße Anzeichen hinaus zu einem förmlichen Beweise zu gelangen, führte zur Tortur, die mit dem römischen Rechte bekannt und durch dasselbe empfohlen wurde; und der Wahn, daß es ein gottgefälliges Werk sei, wenn womöglich jede Sünde zum Verbrechen gemacht werde, ingleichen der Glaube, daß das Verbrechen, als Uebertretung göttlicher Gebote, den Zorn Gottes reize und daß die Strafe, je härter, desto eher denselben wiederum besänftige, mehrte nicht nur die Zahl der Verbrechen, sondern steigerte auch die Grausamkeit der Strafen und machte schon den bloßen Proceß zu einer Kette von Qualen und Ungerechtigkeiten. Das Bedürfniß, für den Gebrauch der Tortur gewisse Regeln aufzustellen und überhaupt in das unsichere Criminalrecht mehr Ordnung und Festigkeit zu bringen, führte schon unter Maximilian I. zu Reformplanen [19a]). Aber erst Karls V. peinliche Gerichtsordnung half den Hauptübelständen ab oder hätte ihnen wenigstens abhelfen können, wenn sie gehörig verstanden und genau befolgt worden wäre [20]).

4. Periode: bis zum Anfange des 18. Jahrhunderts. Das wichtigste Gesetz für das teutsche Criminalrecht ist die auf eine vom Freiherrn von Schwarzenberg auf Hohenlandsberg concipirte Bamberg. Halsgerichtsordnung d. ao. 1507 [21]) gestützte peinl. Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (constitutio criminalis Carolina) v. J.

---

19) Von den Decretalensammlungen ist je das 5. Buch dem Criminalrechte und Criminalprocesse gewidmet. Vgl. Tittmanni D. de causis auctoritatis iur. can. in foro cr. Germ. 1798.

19a) Allgem. Landfriede v. J. 1495. Beschluß des Reichstages v. J. 1498: eine gemeine Reformation und Ordnung in dem Reich fürzunehmen, wie man in criminalibus procediren soll. Halsgerichtsordnung für die Grafschaft Tyrol v. J. 1499, abgedruckt in J. Weiske, Abhandl. S. 185.

20) Eichhorn, RG. §. 459.

21) Mater Carolinae. Sie war schon von den Markgrafen Georg und Casimir von Brandenburg in ihren Markgrafthümern Culmbach und Anspach als Provinzialgesetz adoptirt und publicirt worden (constitutio criminalis Brandenburgensis, soror Carolinae), im Jahre 1516. — Ueber die Bambergensis und ihre Vorgängerinnen vgl. Roßhirt, Beiträge z. R. u. RT. CrR. I, S. 113 flg. u. im N. Archiv des CrR. IX, S. 244 flg. Holzbach, Archiv des CrR. 1844 S. 233. Geib, das. 1845 S. 105.

1532[22]). Die Carolina verweist häufig auf das römische Recht und ordnet ebenso oft Einholung rechtlichen Erkenntnisses von rechtsgelehrten Richtern an. Wenn daher das römische Recht[23]) die Verbrechen zum Zwecke der Erhaltung des Staates nicht ungestraft läßt; wenn es ferner die Strafen nach dem Principe der Wiedervergeltung im richtigen Verhältnisse zum Verbrechen und zur Schuld abmißt, die bloße Absicht aber mit Strafe verschont, vom dolus die culpa scharf trennt und beim dolus wieder zwischen propositum und impetus genau unterscheidet, die Noth, nicht aber die Rechtsunwissenheit entschuldigt u. s. w.; wenn es dann neben der poena publica nicht noch eine poena privata, wohl aber die Verbindlichkeit zum Schadenersatz statuirt, dem Arbitrium des Richters häufig die nähere Bestimmung der Strafe überläßt, dabei aber auf den bisherigen Lebenswandel des Verbrechers Rücksicht zu nehmen gebietet u. s. w.[24]); so bekennt auch die Carolina sich zu diesen Sätzen und empfiehlt dieselben den teutschen Criminalgerichten. So sehr aber auch dieses Gesetz durch scharfe und richtige Auffassung der Hauptmomente, durch Aufstellung präciserer Strafnormen neben nicht zu weit getriebener Beschränkung der richterlichen Willkür, durch gleichmäßige Anwendung des objectiven Maßstabes neben dem (im römischen Rechte mehr als billig prävalirenden) subjectiven Maßstabe, endlich durch lichtvolle Darstellung und gute, den ungelehrten Richtern (für welche die Carolina zunächst bestimmt war) verständliche Ausdrucksweise, sowie im Criminalprocesse und Beweisverfahren durch Abschaffung mancher Mißbräuche sich auszeichnete, so hatte es doch weder auf die Praxis noch auf die Theorie den gewünschten Einfluß[24a]). Diesem Einflusse standen verschiedene Hindernisse, vor Allem aber das ganze damalige unwissenschaftliche Treiben, das Ansehen der Glosse ꝛc.[25]), ferner die kirchlichen Wir-

---

22) Ausgabe von Koch, 1769 N. A. 1820. Lateinische Uebersetzungen von Gobler, 1543 und von Remus, 1594. Vgl. Abegg, Bemerk. über Gobler's Uebers., Archiv des CrR. 1837 S. 306. Ders., über die lat. Uebers. der C. C. C. das. 1855 S. 549. Commentare von Fr. de Boehmer, Medit. in C. C. C. Hal. 1774. und von I. P. Kress, Comment. succinct. in C. C. C. Hanov. 1721. N. A. 1786. Ueber die Geschichte der PGO. vgl. Kress, cit. in praef., Malblank, Gesch. der PGO. Karl's V. 1783. Abegg, Gesch. der Abfassung der PGO., im Archiv des CrR. 1854 S. 439. Ders., über das religiöse Element in der PGO. Beil. Heft zu Archiv des CrR. 1852. Glossarium von C. F. Walch, glossar. Germ. interp. C. C. C. inserv. 1790.

23) Libri terribiles Dig. 47. u. 48. Cod. IX. Wächter, Lehrbuch des StrR. Stuttgart 1825. Rein, CrR. der Römer von Romulus bis Justinian. Leipzig 1844. Meister, D. de iur. Rom. cr. in Germ. foris maxime hodiernis auctoritate, 1766.

24) Schweppe, Rechtsgesch. §. 598 flg.

24a) Auch wollte Karl V. selbst, vermöge der in der Vorrede zur C. C. C. (der Publicationsverordnung) ersichtlichen salvatorischen Clausel, „Churfürsten, Fürsten und Stenden an ihren alten wohlhergebrachten rechtmeßigen und billichen gebreuchen nichts benommen haben."

25) Vergl. die Lehrbücher von Perneder, Rauchdorn, Dorneck, Sawer, Vigel (aus dem 16. Jahrhundert), denen sich die Commentare von

ren und das confessionelle Gezänke, am Ende gar auch die Religionskriege und die durch sie über Teutschland wieder verbreitete Barbarei entgegen, auf deren nächtlichem Hintergrunde die traurigen Bilder der Zauberei, des Hexen- und Teufelsglaubens im Lichte brennender Scheiterhaufen sich abheben. Unter dem verderblichen Einflusse einer solchen traurigen Zeit zwar, aber doch groß und bedeutend, steht in dieser Periode der sächsische Criminalist Benedict Carpzov da[25a]), der zwar dem damaligen, namentlich in Hexenprocessen herrschenden Terrorismus huldigte, denselben aber doch weit weniger, als ihm oftmals nachgesagt worden ist, förderte, sondern zu Beseitigung der Mängel, an welchen das Criminalrecht und der Criminalproceß bis dahin lahmten und litten, nicht wenig beitrug und wesentliche Verbesserungen in beiden einführte[26]). Das Verfahren von Amtswegen, welches die P. G. O. neben dem Anklageprocesse blos gestattete, verdrängte diesen fast ganz und die Schöffen sanken zu bloßen Urkundspersonen herab, da die Urtheile von Rechtscollegien (Schöppenstühlen, Juristenfacultäten und Landescollegien) eingeholt werden mußten. Neben der Gefängnißstrafe waren und blieben Todesstrafen in den verschiedensten Formen und Qualificationen, Leibesstrafen und Landesverweisung vorherrschend; öffentliche Arbeitsstrafen gab es, im Mangel geeigneter Anstalten dazu, noch gar nicht[27]).

5. Periode: bis auf unsere Tage. Zu Anfange des achtzehnten Jahrhunderts war es namentlich Christian Thomasius, welcher zunächst und vor Allen dem vom Aberglauben bisher im Criminalrechte getriebenen Unfug entgegentrat und hierdurch, sowie durch Bekämpfung anderer Mißbräuche, z. B. der Tortur, das Signal zu gründlichen Reformen gab[28]). Die Gesetzgebung förderte jedoch wenig; desto mehr die seit Carpzov dominirende Praxis. Die Collegien rechtsgelehrter Richter, namentlich der „Herren Schöppen" oder die Schöppenstühle, an welche die Carolina die Inquirenten wiederholt verweist, waren die Orakel der damaligen Zeit in causis criminalibus[29]). Durch sie bildete

---

Zieritz, Stephani, Bulläus, Musculus, Manz, Blumblacher, Otto, Clasen u. s. w. (aus dem 17. Jahrhundert) anschließen. Hierzu kommen die Italiener Aegydius Bossius, Iulius Clarus, Tiberius Decianus, Hippolytus de Marsiliis, Petrus Jollerius, Prosper Farinacius, Ciazzius, Scaccia etc.

25a) B. Carpzov, Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium. Viteb. 1683. N. A. Francof. 1758. — Für Sachsen ist auch wichtig seine Iurisprudentia forens. Romano-Saxon. P. IV. Lips. 1656. Sein (gleichfalls bedeutender) Vorgänger war Matthias Berlich.

26) K. Hommel, Criminalistische Blätter (Leipzig 1800) Nr. 3.

27) Eichhorn, RG. §. 578.

28) Chr. Thomasius, D. de crimine magiae. Hal. 1701. Idem, D. de tortura e foris Christianorum proscribenda. Hal. 1705. etc. S. Christiani Thomasii, Diss. acad. varii, inprimis iuridici, argumenti, T. I.—IV. Hal. 1773—1780. Vgl. auch H. Luden, Christian Thomasius, dargestellt nach seinen Schicksalen und seinen Schriften. Berlin 1805.

29) Auch die Juristenfacultäten und Collegien der Universitätsprofessoren,

sich eine maßvollere, wissenschaftlichere und mildere Criminaljurisprudenz [29a]), welche namentlich seit Beccaria [30]) die qualificirten Todesstrafen und die Körperverstümmelungen zu beseitigen und mit zweckmäßigeren Freiheitsstrafen in verschiedenen Arten und Graden zu vertauschen bemüht war. In diesem Bestreben artete sie aber beinahe in Willkür aus und ignorirte fast die Gesetze. Doch wurde in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts auch die Gesetzgebung den neuen Ideen zugänglich und mehrere teutsche Territorien adoptirten in neuen Strafgesetzbüchern ein neues Strafrecht. So Bayern im Codex iuris Bavarici criminalis v. J. 1751, die österreichischen Erblande in der constitutio Theresiana v. J. 1768 und bald darauf (unter Joseph II.) in dem allgemeinen Gesetze über Verbrechen und deren Bestrafung v. J. 1789, Preußen im Allg. Pr. Landrechte v. J. 1794, Bamberg in dem (auf den Quistorp'schen Entwurf eines Mecklenburgschen Criminalrechtes gebauten) Gesetzbuche v. J. 1795 [31]). Wo aber dergleichen Gesetzbücher noch nicht eingeführt waren, da half die Praxis in der oben angegebenen Weise sich selbst [32]) und wurde dabei, wie früher von der Wolf'schen Philosophie, nunmehr, am Ende des 18. Jahrhunderts, vom Kant'schen Kriticismus, neben der von Beccaria und Filangieri in Umschwung gebrachten Gesetzgebungs- und Strafrechts-Philosophie, wirksam unterstützt. Namentlich war es der Philosoph von Königsberg, dessen lichte Ideen, wie fast alle andere Wissenschaften, so auch die Criminalrechtswissenschaft erleuchteten und neu gestalteten und die besten Köpfe Teutschlands zu tiefer gehenden Erörterungen der strafrechtlichen Grundlehren veranlaßten [33]). Klein und Kleinschrod, Feuerbach und Grolman, Stübel und Tittmann mögen hier

---

seitdem dieselben nicht mehr wie früher Cleriker und Angehörige der Kirche, quae sanguinem non sitit, waren.

29a) Quistorp, Grundſ. des teutschen peinl. Rechtes 1770. Meister, Princ. iur. cr. comm. 1789.

30) Césare Beccaria, dei delitti e delle pene. Monaco 1764. Teutsch (von Flade) herausgegeben von C. F. Hommel, Breslau 1778. In demselben Geiste schrieb bald darauf Gaetano Filangieri, la scienza della legislazione. Nap. 1780. Vgl. auch Voltaire, prix de la iustice et de l'humanité. Fernet 1778. Vor ihnen waren jedoch in Teutschland bereits C. F. Hommel (vgl. seine in der Vorrede zum teutschen Beccaria abgedruckte Gelegenheitsrede), ingleichen Segner und Michaelis aufgetreten. Vgl. Michaelis, mos. Recht Th. VI, S. 9 flg. Ueber weitere criminalpolitische Literatur vgl. Heffter, Lehrbuch §. 1, N. f.

31) Wächter, Gemeines Recht Teutschlands, 1844, S. 155—164.

32) „Gegen die Gesetze kann der Gerichtsbrauch eigentlich keine Bestimmungen enthalten ꝛc. Allein die strenge Festhaltung dieser Erfordernisse setzt das Dasein wirklich brauchbarer Strafgesetzbücher voraus ꝛc. Und da nun jetzt in Teutschland jenes Vorausgesetzte nicht überall da ist, so sind die sich nicht selten findenden Beispiele eines den Gesetzen entgegenlaufenden Gerichtsbrauches als regelwidrig nicht anzunehmen." (!) Tittmann, Handbuch §. 12.

33) Kant, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1796.

nur beispielsweise genannt sein. Es entstanden demnach auf Grundlage der zunächst von Kant hervorgerufenen, von Fichte aber weiter ausgebildeten Ansicht des subjectiven Idealismus von Recht und Strafe die verschiedenen sog. relativen Theorien, während Kant selbst die Strafe aus einem kategorischen Imperative ableitete und darauf seine absolute Strafrechtstheorie gründete. Vor Allen aber war es Feuerbach, welcher die Kant-Fichte'schen Ideen am geistreichsten auf das Criminalrecht anwendete und auf das beredteste vertheidigte[34]). Und obgleich seine Lehre, der Staat sei ein bloßes Product des Ich und aller Substantialität bar, das Recht ein blos technisch-praktischer Begriff und eben deshalb auch das Criminalrecht lediglich aus einem Vertrage abzuleiten, die Strafe aber nur als relative Nothwendigkeit zu rechtfertigen, gegenwärtig kaum noch warme Vertheidiger finden dürfte, so hat sie doch in dem ersten Drittheile des 19. Jahrhunderts nicht nur das Katheder, sondern auch das Forum beherrscht und sogar auf die Gesetzgebung bedeutend influirt. Die Feuerbach'sche Theorie gehört zu den sog. Androhungs-Theorien und unterscheidet sich als Theorie des psychologischen Zwanges von der Bauer'schen Warnungs-Theorie nur wenig[35]). Neben ihr haben die Präventions-Theorien von Grolman's und Tittmann's[35a]) die meisten, aber auch die Theorie der Selbsterhaltung und analogen Nothwehr, welche zuerst von Gottlob Ernst Schulze aufgestellt und dann von Martin weiter ausgebildet wurde[36]), viele Anhänger und Freunde gefunden; weniger die Erstattungs-Theorie Klein's und Schneider's, mit Modificationen auch Welcker's[37]), noch weniger die Besserungs-Theorie Abicht's und am wenigsten die Theorie der unmittelbaren Abschreckung älterer Rechtslehrer. Erwähnenswerth ist noch Luden's Theorie der vom Staate übernommenen (veredelten) Rache, welche als Specialprävention auf die Präventions-Theorie hinweist[38]), ingleichen die von Hepp aufgestellte bürgerliche Gerechtigkeits-Theorie, welche die bisher gedachten verschiedenen Zwecke der einzelnen relativen Theorien, wie namentlich psychologischen Zwang, Warnung, Prävention, Nothwehr, Erstattung, Besserung und Abschreckung unter der höheren Idee nothwendiger Aufrechthaltung der Rechtsordnung zusammenfaßt und diese Nothwendigkeit als Princip auf-

---

34) Feuerbach, Revision 1799. Ueber die Strafe als Sicherungsmittel 1800. Lehrbuch 1801. N. A. von Mittermaier.

35) Anton Bauer, die Warnungstheorie. 1830.

35a) Grolman, über Begründung des Strafrechtes. 1799. Grundſ. der CrRW. 1798. C. A. Tittmann, über wissensch. Behandl. des peinl. Rechtes 1798. Grundlinien der StRW. 1800.

36) G. E. Schulze, Leitfaden der Entwickelung der philos. Princ. des bürgerl. u. peinl. Rechtes. 1813. Chr. Martin, Lehrbuch 1820.

37) Klein, Grundſ. des peinl. Rechtes 1796, u. im Archiv d. CrR. II, N. 14. Schneider, Vers. einer Entw. des Grundbegriffes, 1810. C. Th. Welcker, letzte Gründe 1813.

38) H. Luden, Handbuch des StR. 1842.

stellt[39]): ein Princip, welches sich bereits der neuesten Gesetzgebung empfohlen zu haben scheint. — Die relativen Theorien wissen also einen rechtlichen Grund der Strafe oder eine rechtliche Nothwendigkeit dafür, daß dem Verbrechen gerade mit Strafe begegnet werden müsse, nicht aufzufinden; vielmehr beschränken sie sich auf einen vernünftigen Zweck derselben. Sie finden die Strafe zweckmäßig oder nützlich (Nützlichkeits-Theorie, Utilitarier), und nach Schauberg ist sie sogar weiter nichts als eine politische Maßregel[40]). Diesen relativen Theorieen stellten sich die absoluten Theorieen gegenüber, die sich auch oft und gern mit dem wohlklingenden Namen der Gerechtigkeits-Theorieen kennzeichnen lassen. Schon Kant erklärte, wie wir bereits gesehen haben, das Strafgesetz für einen kategorischen Imperativ und ging von der Idee aus, daß vermöge unbedingter Vernunftnothwendigkeit dem Uebelthäter ein Uebel zugefügt werden müsse, daß zwischen Uebelthun und Uebelleiden ein nothwendiges Causalverhältniß bestehe, daß der Rechtsgrund der Strafe in der göttlichen Weltordnung, in der Idee der Gerechtigkeit liege u. s. w. In der Hegel'schen Speculation, welche mit ihrem von der Geschichte wirksam unterstützten Streben, die Wirklichkeit in ihrer Vernünftigkeit nachzuweisen, dazu gelangt, den subjectiven Idealismus Kant-Fichte's einem objectiven Idealismus zu opfern, den Staat als Selbstzweck hinzustellen und demselben Subjectivität zu vindiciren, erscheint der Staat als Organismus der Rechtsidee in ihrer Totalität oder als vermittelte Einheit des allgemeinen und des besonderen Willens in der Sphäre des objectiven Daseins, das Verbrechen als Negation des Grundprincipes des Staates, die Strafe aber als Reaction gegen das Verbrechen und somit in ihrem Grund und Wesen als Staatsangelegenheit. Doch führt auch diese Lehre zu einem kategorischen Imperativ; denn überall — heißt es auch hier — fordert die Gerechtigkeit, daß das Unrecht, als das in sich Nichtige, auch wirklich als solches aufgewiesen und behandelt, daß mithin der Zwang, den es enthält, durch Zwang wieder aufgehoben werde[41]). Von dieser Hegel'schen Philosophie geben namentlich Abegg und Köstlin vollgiltiges Zeugniß[42]). — Andere Gerechtigkeitstheorieen hatten schon früher E. Henke, H. Richter u. A. aufgestellt[43]). Auch v. Preuschen stellt eine Gerechtigkeitstheorie auf, indem er das Rechte zu treffen glaubt, wenn er der (relativen) Theorie Hepp's eine rechtliche Grundlage giebt oder mit der absoluten Theorie einen vernünftigen Zweck verbindet und den Staat

39) Hepp, kritische Darstellung der StRTheorieen 1829. Ueber die Gerechtigkeits- und Nutzungstheorieen 1834.

40) Schauberg, über den Begriff des StR. München 1832.

41) Köstlin, Neue Revision 1845 S. 766. Vgl. Bauer, Abhandl. I, S. 46 flg.

42) Abegg, Lehrbuch der StRW. 1836. Köstlin a. a. O.

43) E. Henke, Handbuch des CrR. 1823. H. Richter, philosoph. StR. 1829.

nur Strafe anwenden läßt, wo solche durch ein in der Vergangenheit liegendes Verschulden verdient ist und nothwendig erscheint, um die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten. Punitur quia peccatum est et ne peccetur[44]). Etwas Aehnliches versuchte Rossi, während Romagnosi und Carmignani ihr System der indirecten Vertheidigung durch psychologischen Zwang hauptsächlich auf Feuerbach'schen Fundamenten auferbaueten[45]). (Offesa e difesa della sicurezza sociale; il diritto penale è unicamente diritto di difesa etc.) — Durch die gründlichen Forschungen dieser scharfsinnigen Denker, denen sich nun auch noch die für die Schule wie für die Praxis gleich trefflichen Lehr- und Handbücher A. Bauer's, Roßhirt's, Wächter's, Heffter's, Marezoll's, Luden's u. A. rühmlichst anschließen[46]), wurde nun nicht blos die Wissenschaft des Criminalrechtes zu ihrer verdienten Würde erhoben, sondern auch die Criminalpraxis an solidere Grundsätze gefesselt und selbst die Gesetzgebung neu belebt. Dies beweisen die neuen Straf- und Criminalgesetzbücher deutscher Bundesstaaten, namentlich das baiische Strafgesetzbuch von 1813, giltig auch in Oldenburg seit 1814, das Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1838, das Strafgesetzbuch für Württemberg von 1839, das Criminalgesetzbuch für Hannover von 1840, das Criminalgesetzbuch für Braunschweig und Lippe von 1841, das Strafgesetzbuch für Hessen-Darmstadt von 1842, das badische Strafgesetzbuch von 1845, das Thüringen-Anhalt-Reußische Strafgesetzbuch v. 1850[47]), das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten und für das Herzogthum Anhalt-Bernburg von 1851, das Strafgesetz über

44) v. Preuschen, die Gerechtigkeitstheorie rc. 1839.

45) Rossi, traité de droit pénal, 1829. Romagnosi, genesi del diritto penale, 1812. Carmignani, teoria delle leggi delle sicurezza sociale, 1831.

46) Sehr brauchbar sind immer noch die Handbücher von Tittmann und C. Henke. Viel Treffliches ist auch in Sammlungen und Zeitschriften, namentlich im Archiv des Criminalrechtes (begründet von Klein und Kleinschrod, jetzt redigirt von Abegg, v. Arnold, Birnbaum, Heffter, Mittermaier, Zachariä) niedergelegt. Hierzu kommen die Sammlungen interessanter Rechtsfälle von Feuerbach, Pfister, A. Bauer, Wendt, Bischoff u. A., nebst den Hitzig'schen Annalen, dem Gerichtssaale, Goltdammer's Archiv u. s. w. Unter den hilfswissenschaftlichen Werken endlich sind auszuzeichnen die criminalpsychologischen Schriften Heinroth's, Friedreich's, Ideler's rc., ingleichen die gerichtlich-medicinischen Lehr- und Handbücher von Metzger, Adolf Henke, Meckel und Mende. S. oben den Artikel „gerichtliche Medicin". — Auf dem Felde des vergleichenden Criminalrechtes hat noch keiner so glänzend sich hervorgethan, wie Mittermaier durch verschiedene Monographien, Aufsätze und Abhandlungen in verschiedenen Zeitschriften, namentlich im Archiv des CrR. und in der Zeitschr. f. Rechtsw. u. Gesetzgeb. des Auslandes.

47) Reuß j. L. aber, sowie Kurhessen, Holstein-Lauenburg, Mecklenburg, Hessen-Homburg und Schaumburg nebst den freien Städten, haben noch keine neuen Strafgesetzbücher. Vgl. jedoch Trummer, Entwurf eines Criminalgesetzbuches für die Hansestädte Hamburg, Lübeck und Bremen, zugleich als Vorläufer des Entwurfes zu einem allgem. teutschen CrGB. Hamburg 1848.

Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen für den ganzen Umfang der österreichischen Monarchie (mit alleiniger Ausnahme der Militärgrenze) und für das Fürstenthum Liechtenstein von 1852 und endlich das neue Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1855. Ein gemeines deutsches Criminalrecht kommt neben diesen Gesetzbüchern nicht mehr vor und selbst in den wenigen teutschen Staaten, die noch keine neuen Gesetzbücher haben, hat das gemeine teutsche Criminalrecht seit Auflösung des teutschen Reiches wenigstens formell und staatsrechtlich aufgehört. Man kann daher nicht einmal mit Meister sagen: „post interitum imperii Germanici ius commune in sensu historico adhuc existit“ [48]), sondern es ist nur das richtig, was Wächter hierüber bemerkt: „das gemeine Recht als solches gehört von nun an nur der Geschichte an“ [49]). Es existirt nicht mehr als ius commune, sondern nur als ius particulare, und auch als solches nur noch in den wenigen Ländern, welche noch keine umfassenden Criminalgesetzbücher haben [50]); denn da, wo neue Gesetzbücher gelten, ist es zur Antiquität geworden und keiner Fortbildung mehr fähig. Zu einem gemeinen Rechte Teutschlands anderer Art führte der teutsche Bund. Es dürfen jedoch dessen Beschlüsse nicht den Reichsgesetzen gleich geachtet werden. Denn während diese sofort nach ihrer Publication das gesammte Teutschland banden und für dieses als formelle Gesetze galten, gelten die Beschlüsse des teutschen Bundes, als einer blos völkerrechtlichen Verbindung, in den einzelnen Bundesstaaten nur insofern und dann, wiefern und wenn sie von den einzelnen Bundesgliedern in ihren resp. Bundesstaaten als Landesgesetze publicirt werden [51]). Ein solcher Bundesbeschluß ist z. B. der vom 18. August 1845, die Bestrafung des Negerhandels betreffend. Obgleich nun nicht mehr wie sonst von einem gemeinteutschen Criminalrechte neben den verschiedenen Strafgesetzbüchern der einzelnen teutschen Bundesstaaten gesprochen werden darf, so ist doch in allen diesen modernen Gesetzgebungen ein gemeinsamer Geist und überall das Streben, nach den von der teutschen Wissenschaft adoptirten Grundsätzen die Fälle, Arten und Maße der Strafen gehörig festzustellen und zu ordnen, zu erblicken. Und so finden wir, was schon vom Anbeginn dieser Periode angestrebt wurde, am Schlusse derselben großentheils schon erreicht, namentlich Abschaffung aller qualificirten Todes- und aller verstümmelnden Strafen, thunlichste Beschränkung der Todesstrafen, Verbüßung der Freiheitsstrafen in gut eingerichteten Gefängnissen, Arbeits- und Zuchthäusern, Zurückführung der richterlichen Willkür bei Abmessung der

---

48) G. I. Fr. Meister, principia iur. crim. Germ. commun. §. 4.

49) Wächter, gem. Recht Teutschlands S. 177.

50) Wächter a. a. O. S. 216.

51) Wächter a. a. O. S. 223. Vergl. auch Heffter, Einfluß der teutschen Bundesverfassung auf das Strafrecht der Einzelstaaten, im Archiv des CrR. 1840 S. 223. Ueber das gemeinsame Recht der teutschen Zollvereinsstaaten s. Wächter a. a. O. S. 227 flg.

Strafen auf das rechte Maß, Beschränkung der Schärfungs- und Milderungsgründe ꝛc., sowie endlich auch bessere Organisation der Criminalgerichte und Vertauschung des reinen Inquisitionsprocesses mit einem zweckmäßig modificirten Anklageproceß. — Blicken wir also auf die bisher schnell durchlaufenen Perioden der Geschichte des teutschen Criminalrechtes zurück, so finden wir, daß erst die neuere Wissenschaft, indem sie dem Criminalrechte den ihm gebührenden öffentlichen Charakter verleiht, dasselbe in seiner rechten Würde erscheinen läßt, nachdem vorher ganz unpassender Weise der religiös-moralische und früher noch der privatrechtliche Charakter des Verbrechens lange Zeit zum großen Schaden der Rechtscultur und bürgerlichen Wohlfahrt festgehalten worden war[52]). Betrachten wir namentlich die auf dem Felde des Criminalprocesses gemachten Reformversuche[52a]), die, öfters wiederholt, doch am Ende noch zu bedeutenden Verbesserungen führen werden, so läßt sich für die Zukunft des nunmehr beinahe in allen teutschen Bundesstaaten neugestalteten Criminalrechtes gewiß Manches erwarten. Und obschon man „bei der so bedeutenden Folge neuer Strafgesetzgebungen und Gesetzentwürfe für teutsche Einzelstaaten die Versplitterung von Zeit und Kräften beklagen und deshalb auf den früheren Plan einer gemeinschaftlichen Codification für Teutschland zurückkommen möchte ꝛc., so muß es doch wieder auf der anderen Seite erfreuen, daß sich jener Vereinzelung ungeachtet und bei freier Entwickelung in allen Versuchen eine innere Einheit hervorthut und daß fast bei jedem Versuche irgend ein neuer Gewinn gemacht wird. Es kann nicht fehlen, daß allgemach so die Gesetzgebungskunst in Teutschland eine Höhe der Ausbildung erreichen muß, mindestens erreichen könnte, dergleichen sie in keinem anderen Lande unter einer einzigen Regierung zu erringen Gelegenheit und Hebel findet und in nicht gar langer Zeit kann es für ganz Teutschland ein gemeines Strafrecht geben, welches, in allen wesentlichen Punkten übereinstimmend, für den unmittelbaren Gebrauch der Praxis blos auf neue, triftige und umfassende Gesetzgebungen wird gestützt werden können, ohne daß man nöthig haben wird auf veraltete, nicht für unsere Zeiten und Zustände geschriebene Rechte ferner zurückzugehen"[53]).

---

52) „In angehenden Staaten ist erst Alles delictum privatum. Dies hängt dem neuen Bürger aus dem Zustande, worin er einzeln wohnte, noch lange an. Erst wenn der Staat zu seiner Vollkommenheit gediehen, wird Alles als eine Beleidigung der öffentlichen Ruhe betrachtet und delictum publicum, zuletzt aber crimen laesae maiestatis." Möser, Osnabr. Gesch. II, §. 23, N. d. S. 42. Roßhirt, N. Archiv des CrR. IX. (1827) S. 144 flg.

52a) Vgl. Mittermaier, die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechtes und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder geprüft, 1845.

53) Heffter, Archiv des CrR. 1837 S. 351 flg. Vgl. Abegg, ebendas. 1850 S. 50.

Bedingungen des Verbrechens sind 1) ein giltiges Strafgesetz, welches entweder die Begehung oder die Unterlassung einer Handlung bei Strafe verbietet; nulla poena sine lege poenali [54]). Dasselbe muß nicht nur die Handlung, welche für ein Verbrechen gelten soll, beschreiben und den speciellen Thatbestand dieses Verbrechens angeben, sondern es muß auch die ausdrückliche Erklärung, daß es als Verbrechen bestraft werden soll, enthalten und die Strafe entweder bestimmt oder unbestimmt angeben: bestimmt, indem es die Strafe nach Art und Schwere namhaft macht (lex poenalis determinata), unbestimmt, indem es dem Richter entweder die Wahl der Strafe nach ihrem Grade oder gar nach ihrer Art überläßt, oder indem es ihm gewisse Grenzen setzt, innerhalb welcher sein richterliches Ermessen walten darf (lex poenalis indeterminata, v. absolute v. relative talis) [54a]). Das Strafgesetz verlangt übrigens so gut wie jedes andere Gesetz zu seiner Giltigkeit eine gehörig erfolgte Publication. Denn obgleich, wenigstens bei solchen Verbrechen, die iure gentium anzunehmen sind, ein Jeder sich selber sagen mag, daß die betreffenden Handlungen oder Unterlassungen verboten sind, so beruht doch die dem Verbrecher angedrohte und vom Richter zuzuerkennende Strafe lediglich auf dem Gesetze und es darf wenigstens der Richter nicht eher davon Gebrauch machen, als nach erfolgter Publication. Die Publication schützt also gegen richterliche Willkür und ist eine Garantie mehr für die bürgerliche Freiheit. Rückwirkende Kraft hat das neue Strafgesetz blos dann, wenn es gelinder ist als das alte Recht und namentlich auch wenn diejenigen Momente, die nach dem alten Rechte von Einfluß auf Erhöhung oder Verschärfung der Strafe waren, nach dem neuen Gesetze diese Wirkung verlieren; ingleichen wenn die vom alten Rechte zum Verbrechen gestempelte Handlung nach dem neuen Gesetze dieser Eigenschaft entkleidet wird [54b]). In allen übrigen Fällen kann von rückwirkender Kraft keine Rede sein, dafern nicht etwa der Gesetzgeber ausdrücklich diese Kraft dem neuen Gesetze beilegt oder dasselbe nur für die authentische Interpretation des alten Rechtes gelten läßt [55]). Ueber die Interpretation der Strafgesetze

---

54) Ueber die Gewohnheit im Criminalrechte vgl. Heffter, Lehrb. §. 14. Strafen an Leben, Ehre, Leib oder Gliedern können, wenn sie nicht schon in kaiserlichen Rechten begründet sind, durch Gewohnheit nicht erst begründet werden, noch sollen die Gewohnheiten unvernünftige Sätze aufrecht erhalten. C. C. C. 104. 135. 215. 218. Auch bringt schon die Natur des Criminalrechtes mit sich, daß seine positive Ausbildung hauptsächlich der Gesetzgebung anheimfällt. Die Lücken jedoch, welche die Gesetzgebung gelassen hat, mag die Gewohnheit ausfüllen. Marezoll, Lehrb. §. 21. Vgl. übrigens Ch. E. Weisse, de vi consuetudinis in causis criminalibus, 1814.

54a) Ueber das richterliche Ermessen vgl. Thilo, StGB. f. d. Großherz. Baden S. 17 flg.

54b) Köstlin, Revision §. 193.

55) Vgl. übrigens noch Zachariä, über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. Göttingen 1834.

gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, wie über die Auslegung der in andere Rechtstheile einschlagenden Gesetze. Auch extensiv darf das Strafgesetz ausgelegt[55a]), nur soll im Zweifelsfalle eher zu Gunsten als zum Schaden des Verbrechers interpretirt und die Entscheidung darnach eingerichtet werden. Denn „interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae“[56]), wie denn überhaupt auch „in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius“[57]). Doch darf, was namentlich die logische Interpretation anlangt, dieselbe nicht in Spitzfindigkeiten ausarten, sondern sie muß allemal nur die wahrscheinliche Ideenverbindung des dunkel redenden Gesetzgebers aufhellen und hiernach den Sinn der Worte bestimmen. Unbeschadet der die mildere Auslegung der Strafbestimmungen bevorwortenden Regel darf man jedoch immer noch eine mit der logischen Interpretation nicht zu vermengende Gesetzesanalogie annehmen, d. h. man darf, wenn das Gesetz über eine Bestimmung, die nach den vom Gesetzgeber bei Abfassung des Gesetzes unleugbar festgehaltenen Principien hinein gehört und darin gar nicht fehlen darf, Stillschweigen beobachtet, diese Bestimmung hineintragen und so das mangelhafte Gesetz vervollständigen[58]); nur muß man sich an die Principien, die der Gesetzgeber in seinem Gesetze oder Gesetzbuche wirklich festhält, halten und darf nicht in das weitere Gebiet allgemeiner Gründe, des Naturrechtes und der Politik, an welche der Gesetzgeber vielleicht gar nicht dachte, ausschweifen[59]), ja nicht einmal auf das gemeine Recht oder die „verwandten" Legislationen anderer Staaten recurriren; letztere Ausschweifung pflegt man vorzugsweise mit dem Ausdrucke Rechtsanalogie zu belegen. Der Richter ist also befugt, das Gesetz nicht nur aus sich selbst, sondern auch aus den leitenden Principien, welche dem positiven, im fraglichen Staate geltenden Rechte überhaupt zum Grunde liegen, zu erklären und hiernach selbst auf die darin übergangenen Fragen dasselbe anzuwenden[60]), sobald nur der Sinn der Gesetzesworte die-

55a) Thibaut, System §. 49 (7. Ausg.). Dessen logische Ausleg. §. 21. — Unterschied zwischen delictum, quod ex scriptura legis descendit und delictum, quod ad exemplum legis vindicandum est. Modestin. Dig. 48. 4. L. 7. §. 3. Vangerow, Lehrbuch §. 25.

56) Hermogen. Dig. 48. 19. L. 42.

57) Marcellus, Dig. 50. 17. L. 192. §. 1. Vgl. auch Paulus, Dig. 50. 17. L. 155. §. 2. „in poenalibus causis benignius interpretandum est."

58) Die Interpretation hält sich an die dispositio legis; die Analogie führt auf die ratio legis; jene forscht nach dem Sinne, diese nach dem Grunde des Gesetzes. Köstlin, Revision §. 194.

59) C. C. C. art. 104. — Ueber die Benutzung der ständischen Verhandlungen zur Auslegung von Gesetzen vgl. Wächter, Abhandl. aus dem StR. 1835 Bd. I. Krug, Jahrb. f. sächs. StR. 1840 S. 249. Mittermaier, Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung Beitr. I, 1841 S. 217. Schaffrath, Theorie der Ausleg. constitutioneller Gesetze nach constitutionellem Staats- und gem. teutschen Rechte 1842. Mohl, im Archiv des CrR. 1842 S. 214.

60) Roßhirt (Zeitschr. f. Civ. u. CrR. II, S. 259) und Escher (Betrug

ser Anwendung nicht entgegen ist und letztere in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, namentlich auch nicht soweit gegangen wird, neue Verbrechen einzuführen[61]). Gleichwie ferner der Wirkungskreis des Gesetzes in Bezug auf die nach ihm zu beurtheilenden verwandten und ebenbürtigen Fälle erweitert und abgerundet wird, so erstreckt sich das Gesetz nicht selten auch auf Personen, die beim ersten Anblicke außerhalb seines Wirkungskreises zu stehen scheinen. Denn es unterliegen demselben nicht nur alle von Einheimischen und Fremden[62]) im Gebiete eines bestimmten Staates begangenen Uebertretungen der Strafgesetze dieses Staates, sondern es bestraft der Staat auch die außerhalb seines Gebietes von seinen Unterthanen verübten Verbrechen, wenn dieselben die gegen ihn zu erfüllenden Rechtspflichten verletzen und letztere zu den gemeinen Rechtspflichten oder denjenigen gehören, deren Erfüllung ohne Rücksicht auf Ort und Person, namentlich auch ohne Unterschied, ob der Verletzte ein Einheimischer oder ein Fremder ist[63]), gefordert werden kann. Wenn aber außerhalb der Grenzen dieses Staates gegen ihn oder seine Angehörigen von einem Nichtunterthanen delinquirt wird, so kann dieser Staat von seiner Strafgewalt keinen Gebrauch machen, sondern er darf nur völkerrechtliche Genugthuung in Anspruch nehmen[64]). Suspendirt kann die Wirk-

---

S. 15 flg.) wollen von einem Unterschiede zwischen Rechts- und Gesetzesanologie nichts wissen. „Entweder — sagt Escher — fällt diese Gesetzesanalogie mit der logischen Interpretation zusammen, wenn sie so zu verstehen und zu gebrauchen ist, daß die bestimmte allgemeine Strafdrohung nicht gegen die Absicht des Gesetzgebers und gegen den klaren Wortlaut auf die blos beispielsweise noch angeführten Fälle eingeschränkt werden und daß die etwa erforderliche Auslegung des nicht ganz klaren Wortlautes auch auf den Grund des Gesetzes Rücksicht nehmen soll ꝛc., oder sie soll wirklich einer vom Gesetze für gewisse genannte Verbrechen aufgestellten Strafdrohung wegen eintreten, den gleichen Grund auch auf andere im Gesetze nicht genannte und mit Strafe nicht bedrohte Fälle übertragen und ausdehnen, indem entweder eine allgemeinere Vorschrift aus irgend einem Worte oder Zwischensatze entwickelt oder der ungenannte Fall vermöge des Grundes des Gesetzes wissenschaftlich unter einen Begriff oder Namen subsumirt wird, worunter er nach dem allgemeinen Sprachgebrauche nicht begriffen ist. In diesem Sinne wird die Gesetzesanalogie mit der Rechtsanalogie zusammengeschmolzen ꝛc." In der That dürfte auch wirklich die Erstreckung der Gesetzesvorschrift auf neue, wenn schon ähnliche, Fälle nicht wohl zu rechtfertigen und demnach auch hier auf den in der I. Kammer des Königreichs Sachsen laut gewordenen Ausspruch eines weisen Fürsten: „der Staat muß sein Strafrecht beschränken, wenn man nicht die bürgerliche Freiheit zu sehr beeinträchtigen will," (Mittheilungen v. kgl. sächs. Landtage 1836 I, S. 360) zu beziehen sein.

61) Wächter, Kgl. sächs. StR. S. 89 flg. Derselbe, über Ges. u. RAnal. im StR., Archiv des CrR. 1844 S. 413. Hepp, über die Analogie in den verschiedenen Richtungen ihrer Anwendbarkeit auf dem Gebiete des Criminalrechtes, Archiv des CrR. 1846 S. 100.

62) Ausgenommen sind die Exterritorialen, namentlich fremde Souveraine, Thronfolger und Gesandte. Klüber, Völkerrecht §. 49.

63) A. M. ist Feuerbach, Lehrbuch §. 31, 40. Martin, Lehrbuch §. 42.

64) Heffter, Lehrbuch §. 25, 26. Vgl. auch Berner, Wirkungskreis

samkeit des Strafgesetzes werden z. B. bei feindlicher Occupation des Staatsgebietes; aufgehoben aber wird es theils factisch, namentlich wenn das Rechtsobject, für welches es berechnet und gegeben war, in Wegfall geräth[64]), theils rechtlich durch ein neues Gesetz[65]). — Weitere Bedingung des Verbrechens ist

2) eine äußere Handlung, welche dem Verbote des Gesetzes Hohn spricht oder eine Nichtachtung des gesetzlichen Gebotes an den Tag legt. „Cogitationis poenam nemo patitur“[66]), „Gedanken sind zollfrei“[67]); es muß der Gedanke vielmehr zur Ausführung gebracht und zur (positiven oder negativen) That geworden sein, wenn von einem Straffalle die Rede sein soll. Dahingegen ist zum Begriffe des Verbrechens an und für sich nicht erforderlich, daß die böse That auch einen schlimmen Erfolg gehabt habe; denn „in maleficiis voluntas spectatur, non exitus“[68]) und man kann sich gar wohl eine blos formell widerrechtliche und verbrecherische Handlung denken. Wohl aber muß die Handlung oder Unterlassung rechtswidrig sein. Es ist daher kein Verbrechen anzunehmen, a) wenn der Thäter z. B. als Vater, Erzieher oder Beamter zu der fraglichen Handlung berechtigt war oder wenn derjenige, gegen welchen die Handlung gerichtet war, dieselbe erlaubt hatte. Denn „non videtur vim facere, qui iure suo utitur“[69]) und „nulla iniuria est, quae in volentem fiat“[70]). Doch mußte der Einwilligende sowohl überhaupt quoad personam, als auch insbesondre hinsichtlich des Gutes, worüber disponirt werden soll, dispositionsfähig sein, da die Dispositionsfähigkeit bei unveräußerlichen (nicht derelinquirbaren) Gütern ebenso, wie im Mangel der erforderlichen Willenskraft und Ueberlegung in Abrede zu stellen und Niemand mit Bestande Rechtens über sein Leben, seine Freiheit, seine Ehre, seine körperliche und geistige Integrität zu verfügen befugt ist[71]). Ebenso wenig darf man von einem Verbrechen reden, b) wenn an dem Gegenstande, gegen welchen die verbrecherische Absicht gerichtet war, dieses Verbrechen gar nicht begangen werden und aus

---

des Strafges. nach Zeit, Raum und Personen. Berl. 1853. Krug, Abhandl. aus dem StR. Leipzig 1855 Nr. I. Heffter, Archiv des CrR. 1834 Nr. 23. Groß, ebd. 1853 Ergänz. Heft S. 56.

64a) Z. B. der Souverain bei Republikanisirung eines monarchischen Staates.

65) Ueber desuetudo vgl. Mühlenbruch, doctr. Pand. §. 39. n. 4. 5.

66) Ulpian. Dig. 48. 19. L. 18.

67) Eisenhart, teutsches Recht in Sprüchwörtern V, Nr. 1.

68) Callistratus, Dig. 48. 8. L. 14.

69) Paulus, Dig. 50. 17. L. 155. §. 1.

70) Ulpian. Dig. 47. 10. L. 1. §. 5.

71) Aber auch das Recht des Eigenthums an sich, oder die Eigenthumsfähigkeit, ist unveräußerlich und nur die Beziehung des Rechtes auf Sachen kann veräußert werden. Köstlin, Revision §. 182, S. 684. Vgl. auch Stahl, Philosophie des Rechtes 1856 und darüber Warnkönig, in Schletter's Jahrbüchern II, S. 289. — Ueber Strafbarkeit der Tödtung auf Verlangen des Getödteten nach preuß. Rechte vgl. Goltdammer, Archiv V, S. 332 flg.

diesem Grunde die intendirte Rechtswidrigkeit gar nicht ins Leben treten konnte. Es giebt also kein putatives Verbrechen und es kann z. B. an einem Leichnam Mord oder Todtschlag so wenig versucht als vollzogen werden[72]. Denn „die Staatsordnung beruht und waltet nur in wirklichen und möglichen Verhältnissen"[73]. — Nächst diesen objectiven Voraussetzungen ist ferner als subjective Bedingung des Verbrechens

3) die Zurechnungsfähigkeit des Thäters (imputabilitas) in Betracht zu ziehen. Nur bei solchen Personen, die im Stande sind, nach Vorschrift der Gesetze zu handeln und durch nichts behindert werden, ihren bürgerlichen Verpflichtungen mit freier Selbstbestimmung nachzukommen, ist Schuld (fraus, reatus) denkbar, nur ihnen kann, weil und wiefern sie mit Bewußtsein handelten und mit Willen zur Handlung verschritten, die Uebertretung des Strafgesetzes zur Schuld zugerechnet oder imputirt werden. „Fraus enim sine poena esse potest: poena sine fraude esse non potest"[74]. Ausgeschlossen kann aber die Zurechnung werden theils materiell, theils formell. Materiell und so, daß wir von Außen bedrängt und unter mehreren Handlungsweisen zu wählen behindert werden, wird sie ausgeschlossen durch vis maior oder sonstige Gewalt, durch Nothstand und Zwang zur Wehr oder Nothwehr. „Nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere"[75] und „necessitas legem non habet"[76]. Daher darf uns weder die Entwendung von Lebensmitteln, wenn wir in der dringendsten Hungersnoth uns nicht anders helfen konnten, noch die Tödtung eines Wegelagerers, wenn wir unser Leben gegen ihn nicht anders zu schützen vermochten, zur Schuld zugerechnet werden. Es ist unsträflich, gegen solche Bedrängniß sich zu vertheidigen und bei der Vertheidigung solche Mittel zu wählen, welche caeteris paribus vom Rechte nicht gut geheißen werden können. Namentlich dürfen wir uns solchenfalls ungestraft der Gewalt bedienen: defensio violenta. Wir vertheidigen aber solchergestalt entweder unsere eigenen Rechte oder die Anderer (defensio violenta v. propria v. aliena); entweder ist es dabei auf den Schutz und die Rettung von Personen oder auf die Erhaltung von Sachen abgesehen (defensio violenta v. personalis v. realis); entweder wehren wir uns gegen menschliche Angriffe oder gegen die Natur

---

72) Heffter, Lehrbuch §. 36. Die Criminalpolitik jedoch hält solche Handlungen bisweilen für so gefährlich, daß sie auch dagegen mit Strafen reagirt. StGB. von Würtemberg 72, Baden 111, Sachsen 43.

73) Heffter a. a. O.

74) Paulus, Dig. 50. 16. L. 131.

75) Gaius, Dig. 9. 2. L. 4. pr.

76) Felix Epist. in c. 11. Dist. I. de consecr. Vgl. Beda, in c. 4. X. de R. I. (V. 41.) „quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum." Vgl. Eisenhart, teutsches Recht in Sprüchwörtern V, Nr. 6. „Noth hat kein Gebot."

(defensio violenta v. homini v. naturae opposita)[77]). Im Falle der Abwehr menschlicher Angriffe reden wir von Nothwehr, moderamen inculpatae tutelae (s. Rechtslexikon, Art. Nothwehr)[78]); im Falle der defensio naturae opposita aber sprechen wir von einem Nothrecht (ius necessitatis), besser vom casus necessitatis oder Nothfall, Nothstand und praesidium necessitatis contra legem[79]). Die Vertheidigung gegen solche Noth läßt also auch Rechtsverletzungen zu, aber nur solche, welche als Mittel, die zur Abwendung der Noth, sei es unmittelbar, z. B. Nahrungsmittel, oder mittelbar, z. B. Geld zu Anschaffung derselben, dienlich sind, sich darstellen, nicht aber auch solche, welche als verzweifelte, die Wiederkehr der Noth für immer abschneidende Radicalmittel, z. B. Ermordung der Kinder, die man nicht ernähren zu können glaubt, erscheinen[80]). Zweck der Anwendung solcher Mittel muß allemal die Rettung eines Rechtes der Persönlichkeit, einerlei ob der eigenen oder einer fremden, namentlich der Ehegattin und der Kinder und zwar des Lebens oder der Gesundheit dieser Personen sein und es dürfen hierbei die Grenzen der Nothwendigkeit nicht überschritten werden[81]). — Verschieden hiervon ist das bloße Nothleiden, welches den Schein des Verbrechens an sich trägt, z. B. wenn eine Ehefrau genothzüchtigt und, weil sie mit einem Fremden zu thun gehabt, vom Ehemann des Ehebruches beschuldigt wird, oder wenn A. den B. von einer Höhe herabstürzt, B. aber wiederum den C., auf welchen er fällt, tödtet. „Caeterum quae vim patitur, non est in ea causa ut adulterii vel stupri damnetur“[82]) und aller Schade, den wir blos der äußeren Gewalt weichend[83]) oder gar als bloße Maschinen derselben anrichten, ist nicht uns zur Schuld anzurechnen, sondern dem Zufall (casus) beizumessen, also einer fremden Causalität, die sich im Wissen und Wollen des handelnden Subjects nicht reflectirte noch reflectiren konnte[84]). (Vgl. Rechtslexikon Art. Casus.) Formell aber und so, daß wir der inneren oder geistigen Freiheit entbehren und das Wesen unserer Handlungen gar nicht zu erkennen vermögen, erscheint die Zurechnung aufgehoben durch Kindheit und Geisteskrankheit, vorübergehend auch durch

---

77) Hellfeld, de violenta rerum nostrarum defensione, in Opp. (Ien. 1775.) nr. XXI.

78) Vgl. noch Zöpfl, Lehre von der Nothwehr, Archiv des CrR. 1841 S. 422. 1842 S. 118, 311. 1843 S. 27. Sander, das. S. 68.

79) Stryke, de iure necessitatis, in Diss. Vol. XII. Simon, de ablatione rei alienae in casu necessitatis, in Diss. P. II. nr. 5. Leyser, spec. 537. Tittmann, Handb. §. 88, 89.

80) Tittmann, Handb. §. 89, N. p.

81) C. C. C. art. 166.

82) Ulpian. Dig. 48. 5. L. 13. §. 7.

83) Eine solche Gewalt ist auch der vom Oberen dem Untergebenen gegebene Befehl, wenn jener innerhalb seines amtlichen Wirkungskreises in gehöriger Form etwas anordnet, was nicht unter den Gesichtspunkt eines gemeinen Verbrechens fällt, sondern nur als Amtsverbrechen sich darstellt.

84) Köstlin, Revision §. 90.

Sinnenverwirrung und Bewußtlosigkeit, endlich aber auch durch Irrthum und Unwissenheit. Kinder (infantes) vor erfülltem siebenten Lebensjahre sind unbedingt zurechnungslos, nicht aber durchaus die infantia maiores und weniger noch die pubertati proximi [85]), zumal „wenn die Bosheit das Alter erfüllen möchte" [86]). Um aber die Merkmale keimender Bosheit richtig zu würdigen, ist es durchaus nöthig, die Gattung und Art der Verbrechen, welche bei Kindern in Frage kommen, genau zu erwägen. Denn mit Recht heißt es in c. 1. X. de del. pueror.: „pueris grandiusculis peccatum nolunt attribuere quidam, nisi ab annis quatuordecim, cum pubescere coeperint. Quod merito crederemus, si nulla essent peccata, nisi quae membris genitalibus admittuntur. Quis vero audeat affirmare, furta, mendacia et periuria non esse peccata? At his plena est puerilis aetas, quamvis in iis non ita ut in maioribus punienda videantur." Völlig entwickelte Geisteskrankheit (alienatio mentis), durch welche der freie Vernunftgebrauch aufgehoben wird, wie völliger Blödsinn, Raserei, Verrücktheit und Wahnsinn, schließen die Zurechnung ebenfalls aus; nur ist die Frage, ob eine solche Krankheit im concreten Falle wirklich anzunehmen sei, oft schwer zu beantworten [87]). Bloße Geistesschwäche, welche in der Regel auch bei taubstummgeborenen Personen anzunehmen sein wird [88]), hebt die Zurechnungsfähigkeit nicht auf; wohl aber kann völlige, obwohl nur vorübergehende Sinnenverwirrung diese Wirkung allerdings haben. Namentlich gehört hierher der Zustand der Trunksucht, des delirium tremens und der höchsten Trunkenheit [89]), des Schlafes, des Nachtwandelns, der Schlaftrunkenheit und des plötzlichen Erwachens [90]), des Fieberwahns [21]), des Kreisens und Gebärens [92]), des Zorns [93]) rc. Nur wenn ein solcher Zustand, z. B. Trunkenheit, absichtlich, um darin das Verbrechen zu begehen, herbeigeführt worden war, ja unter Umständen sogar, wenn er aus bloßer Fahrlässigkeit herbeigeführt wurde, ist die Zurechnungsfähigkeit nicht auszuschließen, sondern doloses, resp. culposes Verbrechen (soweit letzteres überhaupt im speciellen Falle vom Gesetzgeber mit Strafe bedroht er-

---

85) Decret. Greg. IX. lib. V. tit. 23. de delict. pueror. Vgl. Mittermaier, Zurechnungsfähigkeit jugendl. Uebertreter, Archiv des CrR. 1841 S. 155. 1847 S. 612.

86) C. C. C. art. 164.

87) Heinroth, Syst. der psych. ger. Med. Leipzig 1825. Clarus, Beitr. z. Erk. u. Heil. d. Lebensstör. mit vorherrsch. psych. Krankheitserſch., Hamb. 1829.

88) Kitka, österr. Zeitschr. 1839 S. 146 flg.

89) Mittermaier, N. Archiv des CrR. XII, S. 1 flg. Graff und Stegmayer, zur Beurtheilung des Wahnsinnes und Säuferwahnsinnes 1844.

90) Heinroth a. a. O. S. 235 flg.

91) Nasse, Zeitschr. für Anthrop. u. Psych. 1826 I, S. 77 flg.

92) A. Henke, Abhandl. aus der ger. Med. IV, Nr. 3.

93) Wächter, Lehrbuch §. 72, N. 42. — Sowohl in foro criminali als in foro civili gilt der Zorn mit Recht für ein Hinderniß der Zurechnung oder doch für einen Grund geminderter Zurechnung. „Quidquid in calore iracundiae vel fit

scheint), anzunehmen und mit der angedrohten Strafe zu belegen[94]). Irrthum und Unwissenheit aber können nur dann die Zurechnung ausschließen, wenn sie nicht das Recht, sondern wenn sie Thatsachen betrafen und nicht zu vermeiden waren (error et ignorantia facti invincibilis). Bei delictis iuris civilis jedoch dürfen solche Personen, die das privilegium rusticitatis haben, wie Minderjährige und Weiber, ferner Fremde, welche unter der Herrschaft anderer Gesetze aufgewachsen sind, die praesumtio scientiae[95]) durch den Beweis der ignorantia iuris ausschließen, um mit letzterer sich zu entschuldigen und ihre Zurechnungslosigkeit darzulegen[96]). Dagegen wird auch die Zurechnung des factischen Irrthums, obgleich derselbe invincibilis war, nicht aufgehoben, wenn der Thäter nur im Objecte sich irrte[97]) oder wenn seine Handlung in eine andere straffällige Richtung, welche vorhergesehen werden konnte, ausartete[98]), z. B. wenn der Giftmischer bei einem Gastmahle sein Gift dem A., den er vergiften wollte, so vorsetzt, daß ebensogut auch B., der davon genießt und stirbt, darnach greifen mochte. Wenn aber die verbrecherische Handlung gegen die dadurch verletzte Person gar nicht gerichtet war, z. B. wenn Jemand auf einen Anderen zuschlägt und gegen seinen Willen einen danebenstehenden, von ihm gar nicht bemerkten Dritten trifft (aberratio ictus), so ist dies keine Injurie[99]), da die Handlung so wenig als die Absicht gegen denselben gerichtet war, während in jenem ersteren Falle des bloßen Irrthums im Objecte zwar nicht die Absicht, aber doch die Handlung gegen letzteres gerichtet erschien. Ebenso würde der andere Fall zu betrachten sein, wo die Kugel, die der Eine auf den Anderen in dessen Zimmer abfeuerte, durch das Fenster schlägt und einen auf der Gasse vorbeigehenden Dritten tödtet. Hier ist die nicht beabsichtigte Verletzung dieses Dritten, gegen welchen die tödtliche Handlung gar nicht gerichtet war, nur als ein mit Mordversuch concurrirendes culposes Verbrechen

vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse." Paulus, Dig. 50. 17. L. 48. Vgl. jedoch Iac. Godofred., Commentar. ad h. l. (Genev. 1653.) p. 232. und Ideler, über verminderte Zurechnungsfähigkeit, in Goltdammer, Archiv V, S. 299.

94) Köstlin, Revision §. 90, S. 189.

95) Die Präsumtion oder vielmehr Fiction, daß Allen das Recht bekannt sei, existirt nicht nach gemeinem Rechte (Heffter, N. Archiv des CrR. XII, S. 137 flg.), wohl aber nach den modernen Territorialrechten. Berner, Wirkungskreis des StG. S. 22.

96) Roßhirt, N. Archiv des CrR. IX, Nr. 19.

97) Si iniuria mihi fiat ab eo cui sim ignotus etc. Paulus, Dig. 47. 10. L. 18. §. 3. Vgl. übrigens Geib, Einfl. des Irrth. in Bez. auf d. Object im CrR., Archiv des CrR. 1837 S. 561. 1838 S. 36.

98) Heffter, Lehrbuch §. 57 a. E.

99) Paulus, Dig. 47. 10. L. 4.: Si cum servo meo pugnum ducere vellem, proximiorem stantem invitus percusserim, iniuriarum non teneor. Dieser Fall unterscheidet sich von dem oben erwähnten, si iniuria mihi fiat ab eo, cui sim ignotus, wesentlich. Denn es ist ein großer Unterschied, ob ich Jemand, dem ich in's Gesicht sehe, oder ob ich Jemand, den ich gar nicht sehe, in's Gesicht schlage.

zu betrachten[100]). (Vgl. übrigens Rechtslexikon Artikel Irrthum und Unwissenheit, ingleichen Zurechnung.)

Thatbestand des Verbrechens[101]) ist der Inbegriff aller Merkmale und Erscheinungen, welche das Strafgesetz zum Dasein eines Verbrechens erfordert. Subjectiv ist der Thatbestand, wenn jene Merkmale und Erscheinungen die innere That, d. h. das Verhältniß, in welchem Wille und Bewußtsein des Thäters zur That steht, betreffen, objectiv aber, wenn sie die äußere That, d. h. die That als äußere Erscheinung, angehen. Ferner unterscheidet man einen allgemeinen und besonderen Thatbestand. Jener ist der Inbegriff derjenigen Merkmale und Erscheinungen, welche bei jedem Verbrechen zu finden sein müssen, dieser hingegen umfaßt solche Merkmale, welche auf eine bestimmte Art der Verbrechen hinweisen. Endlich machen Einige auch noch einen Unterschied zwischen wesentlichem und außerwesentlichem Thatbestande, um damit den Einfluß anzudeuten, den gewisse Merkmale und Erscheinungen auf Beantwortung der Fragen haben 1) ob ein Verbrechen und welches vorliege, 2) welcher Grad der Strafbarkeit dabei anzunehmen sei. Mit Recht erklären sich aber Andere gegen diese Eintheilung, als dem Begriffe des Thatbestandes widersprechend[102]). — Die innere That, welche Gegenstand des subjectiven Thatbestandes ist, geht auf in der rechtswidrigen Bestimmung des Willens, welche zu der mit Strafe bedrohten That führte. Geschieht diese Willensbestimmung mit dem Bewußtsein und der Erkenntniß der Strafbarkeit, so ist dolus (v. simpliciter determinatus, v. alternativus, v. eventualis), ohne solche aber culpa (bald bloße Fahrlässigkeit und Unbedachtsamkeit, bald Muthwille und Frevelhaftigkeit) anzunehmen. Beim dolus sind That und Wille eins, Willens- und Thatmoment decken einander; bei der culpa aber überwiegt die That den Willen[103]) und es setzt diese letztere nur eine mangelhafte Erwägung der möglichen Folgen unserer Handlung voraus[104]). An sich ist daher auch die culpa nicht strafbar, sondern sie wird nur aus Gründen der Politik als gefährliche Handlung ausnahmsweise, d. h. nur dann, wenn das Gesetz in dem bestimmten Falle ausdrücklich auch die culpa als strafbar bezeichnet, mit Strafe belegt[104a]). Ueber Beide ist schon früher ausführlich gehandelt worden. (S. Rechtslexikon die Art. „Dolus," „Culpa," „Nachlässigkeit"[105])). Präsumirt wird der dolus in der Regel nicht, vielmehr muß

---

100) Zachariä, Vers. I, S. 272 flg.

101) Stübel, Thatbestand 1805. Meyer, Thatbestand und Thäterschaft. 1836. Luden, Abhandl. Bd. II. 1840. A. Bauer, Abhandl. Bd. I. 1840. (Nr. 4.) Vgl. auch Birnbaum, Feststellung des Begriffes vom Thatbestande, Archiv des CrR. 1845 S. 493.

102) A. Bauer, Abhandl. Bd. I, S. 239 flg.

103) Köstlin, Revision §. 101.

104) Köstlin, Revision §. 98.

104a) Thilo, StGB. für das Großh. Baden S. 40.

105) Vgl. noch die neuesten Ausführungen von Begold, zur Lehre der

er bewiesen werden[106]) und selbst bei Unterlassungsverbrechen, sowie bei Unterschlagungen u. dergl. darf man von der Forderung dieses Beweises nicht abgehen. Auch wird nicht nur, nach ihrer Natur schon, bei den meisten Verbrechen, wie namentlich beim crimen vis und dessen mannichfachen Unterarten, bei der Nothzucht, bei der Entführung, beim Betrug, bei der Injurie ꝛc., ferner beim Versuche, bei der Beihilfe, bei der Begünstigung ꝛc., sondern auch nach der Absicht des Gesetzgebers, wie z. B. bei der sepulcri violatio[107]), beim album corruptum[108]) ꝛc. dolus vorausgesetzt und gefordert: obgleich andererseits wieder zuzugeben ist, daß, wenn eine That mit bestimmten rechtswidrigen Folgen oder auch wenn schlechthin eine gewisse Form des Handelns mit Strafe bedroht ist, sowohl culpose als dolose Begehung des Verbrechens statuirt werden muß[109]). Ein zwischen dolus und culpa zu setzendes Drittes giebt es nicht, obgleich Marcian sagt: delinquitur aut proposito, aut impetu, aut casu, und obgleich die Dreitheilung in Vorsatz, Muthwillen und Nachlässigkeit oder die Viertheilung in praemeditatio, impetus, luxuria und negligentia auf den ersten Anblick Beifall zu verdienen scheint[110]). Das Schlimmste hierbei ist die unsichere Terminologie, die überhaupt in keiner Wissenschaft so sehr wie gerade im Criminalrecht schädlich gewesen und noch ist[111]). Am sichersten geht man wohl, wenn man neben reinem dolus (praemeditatio und impetus) und reiner culpa (luxuria et negligentia) noch Concurrenz von dolus und culpa annimmt. Wenn also Jemand einen verbrecherischen Zweck, bei welchem die Folgen mit Sicherheit sich nicht berechnen lassen, verfolgt und durch concurrirende Fahrlässigkeit ein anderes, noch schwereres Verbrechen als das von ihm beabsichtigte hervorbringt, so ergiebt sich in einer und derselben Handlung ein zufälliges Zusammentreffen von dolus und culpa, und es müssen beide für sich, diese als reine culpa, jener als reiner dolus behandelt und beurtheilt werden, dafern nicht Verwirrung und Unordnung entstehen

---

Fahrlässigkeit, Archiv des CrR. 1853 S. 20. Krug, über dolus und culpa, insbes. über unbestimmte Absicht. 1854. Herrmann, über Absicht und Vorsatz, Archiv des CrR. 1856 S. 1. Osenbrüggen, Abhandl. aus dem teutschen StR. Bd. I, 1857.

106) Osenbrüggen a. a. O. S. 165 flg. A. M. ist Feuerbach, Lehrb. §. 60. Bayer. StGB. Art. 43.

107) Ulpian. Dig. 47. 12. L. 3. §. 1.

108) Ulpian. Dig. 2. 1. L. 7. pr. §. 4.

109) Hefter, Lehrbuch §. 69.

110) Köstlin, Revision §. 112, S. 306.

111) Vgl. A. Bauer, Abhandl. II, Nr. 7. „Zur Beförderung einer besseren und gleichförmigeren Kunstsprache im Strafrechte." Sehr schlimm steht es namentlich um den Begriff des Muthwillens, indem dieser bald als impetus unter den Gesichtspunkt des dolus, bald als luxuria unter den Gesichtspunkt der culpa gestellt wird. In der That ist auch das, was der Sprachgebrauch mit Muthwillen bezeichnet, so weitgreifend und umfassend, daß sowohl das Gebiet des dolus als das Gebiet der culpa davon berührt wird.

soll[112]). — Beim objectiven Thatbestande kommt zunächst die Frage über das Gelingen oder Mißlingen des Verbrechens, sodann aber die andere Frage, wer und wie ein Jeder beim Verbrechen gewirkt und mitgewirkt habe, in Betracht. Vollendung oder Gelingen des Verbrechens (delictum consummatum) ist anzunehmen, wenn Alles geschehen ist, was zum Begriffe desselben und zur Anwendung der im Gesetze enthaltenen Strafbestimmung gehört. Die aberratio ictus s. delicti (s. oben) ändert auch in dieser Beziehung nichts[113]). Bloßer Versuch, conatus delinquendi[114]), ist anzunehmen bei einer vorsätzlich auf Hervorbringung eines gewissen Verbrechens gerichteten äußeren Handlung, wodurch noch nicht Alles geschehen ist, was zur Beendigung des Verbrechens vermöge seines gesetzlichen Begriffes gehört[115]); es gilt also jede absichtliche, vor der Verwirklichung des vollen äußeren Thatbestandes abgebrochene Handlung für Versuch[116]). Während bei der culpa mehr geschah als gewollt war, wird beim Versuche mehr gewollt als gethan[117]). Strafbar wird jedoch der letztere erst dann, wenn die entschieden verbrecherische Absicht nicht nur existirt, sondern auch durch äußere Handlungen, die auf Vollbringung des Verbrechens berechnet und dazu förderlich sind, zu erkennen gegeben worden, die Ausführung des Verbrechens also schon angefangen und die Vollendung lediglich durch Zufall und wider Willen des Thäters unterblieben ist. „Item so sich jemandt eyner missethatt mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volnbringung der missethat dienstlich sein mögen, underſteht, unnd doch an volnbringung derselben missethat durch niedere mittel, wider seinen willen verhindert würde, solcher böser will, darauf etlich werck, als obsteht, volgen, ist peinlich zu strafen, aber inn eynem fall harter, denn inn dem andern, angesehen gelegenheit unnd gestalt der sach"[118]). Gemeinrechtlich ist also der Versuch nur da strafbar, wo peinlich, d. h. mit Strafen, die an Leib, Leben, Ehre oder Glieder gehen[119]), zu strafen ist und nur dann, wenn das Mißlingen des Verbrechens nicht im Entschlusse des Thäters, sondern in äußeren Zufällen seinen Grund hat. Wer freiwillig von Verbrechen absteht und zurücktritt, ist straflos, einer-

---

112) Marezoll, Lehrbuch §. 26.

113) Heffter, N. Archiv des CrR. XII, S. 281. Geib, das. 1837 Nr. 21. Köstlin, Revision §. 109, S. 274.

114) Cropp, de praec. iur. R. circa puniend. conat. 1813. Mittermaier, N. Archiv des CrR. I. S. 163. II. S. 602. IV. S. 1. X. S. 535. Luden, Abhandl. II. 1832. Zachariä, vom Versuche der Verbrechen. 1836. Bauer, Abhandl. I. 1840. S. 305. Köstlin, Revision S. 339.

115) Zachariä, Vers. I, S. 27. Mittermaier, N. Archiv des CrR. I, S. 176.

116) Heffter, Lehrbuch §. 74. — Obgleich bei jedem Versuche Mängel am Thatbestande des vollendeten Verbrechens sich zeigen, so darf man doch nicht überhaupt Versuch und mangelhaften Thatbestand für identisch achten.

117) Köstlin, Revision §. 118.

118) C. C. C. art. 178.

119) Marezoll, Lehrbuch §. 37.

lei, ob sein Rücktritt auf Reue oder Furcht beruht, ingleichen ob der Versuch schon beendigt oder ob er noch unbeendigt war[120]). Im weiteren Sinne umfaßt der Versuch nicht nur den beendigten Conat (conatus perfectus, delictum perfectum, delit manqué, mißlungenes Verbrechen) und das delictum inchoatum, d. h. den nächsten Versuch (conatus proximus), ingleichen das delictum attentatum, d. h. den entfernten Versuch (conatus remotus), welche letztere beiden Arten unter dem Begriffe des unbeendigten Versuches zusammengefaßt zu werden pflegen[121]), sondern auch das delictum praeparatum, d. h. die vorbereitenden Handlungen; im engeren, von den modernen Legislationen festgehaltenen Sinne aber wird die Vorbereitung des Verbrechens vom Versuche abgesondert und für straflos erklärt, was um so mehr sich empfiehlt, je weniger Gelegenheit gegeben werden darf, gleichgiltige und unschuldige Handlungen unter dem Vorwande, daß sie gefährlich werden oder gar zu Verbrechen führen könnten, schon selbst wie Verbrechen zu behandeln und deshalb z. B. Gift- und Gewehrkäufer ohne weiteres in Criminaluntersuchung zu nehmen[122]). Aus dem oben gegebenen Begriffe des Versuches, welcher Absicht, Anfang der Ausführung und zufällige Verhinderung derselben verlangt, folgt übrigens mit Nothwendigkeit, daß culposer Versuch undenkbar ist. Der Versuch verlangt vielmehr stets dolus, der aber nicht allemal einfach determinirt zu sein braucht[123]), sondern auch alternativ oder eventuell sein kann und nicht nur auf praemeditatio zu beschränken, sondern auch auf den impetus auszudehnen ist. Denn wie dem, der mit unbestimmtem Vorsatze tödtete, der eingetretene Tod zum dolus zugerechnet wird, so muß man auch, wenn schon der Tod nicht eintrat, anerkennen, daß der Thäter denselben doch gewollt und kann nicht behaupten, daß er ihn, weil er ihn nur unter gewissen Bedingungen oder Voraussetzungen wollte, nicht gewollt habe. Todtschlag und andere impetuose Verbrechen machen hiervon keine Ausnahme. Zwar sind dieselben nur Folgen rascher Aufwallung und werden ohne bestimmte klare Absicht verübt; dennoch aber darf man daraus, mit Mittermaier, nicht weiter folgern, daß sie darum nur durch die wirkliche Ausführung strafbar werden[124]). Warum soll A. wegen versuchten Todtschlages nicht strafbar sein, wenn er in voller Wuth mit gezücktem Degen auf seinen Feind B., um diesen zu tödten, einhaut, der tödtliche Hieb aber dadurch, daß C. ihn glücklich auspariert,

---

120) Zachariä, Verf. §. 277, 278. (II. S. 289 flg.)

121) Wo der entfernte Versuch aufhöre und der nähere oder nächste beginne, läßt sich im allgemeinen nicht bestimmen, sondern ist der Beurtheilung des Richters im concreten Falle zu überlassen. Zachariä, Verf. §. 164. (II. S. 33.)

122) Zachariä, Verf. §. 111.

123) Die französische Praxis verlangt dies. Lelièvre, de conatu delinquendi p. 200. 202. Vgl. Zachariä a. a. O.

124) Mittermaier, N. Archiv des CrR. IV, S. 18.

abgewendet wird? Ferner folgt aus dem von uns festgehaltenen Begriffe des Versuches, daß die bloße Absicht ohne hinzukommende äußere, zur Vollbringung des Verbrechens dienliche Handlung straflos ist, ja daß auch eine absichtliche Handlung, sobald sie noch keinen Anfang der Ausführung enthält, nur Vorbereitung des Verbrechens ist und deshalb ebenfalls, nach modernem Criminalrechte, in der Regel mit Criminalstrafe verschont bleibt[125]). Mit Recht setzt Luden den Anfangspunkt des Verbrechens in den Beginn derjenigen Handlung, durch welche das Verbrechen ohne neue Vorbereitung und weitere Unterbrechung vollendet werden konnte und sollte[125a]) und es ist daher Anfang der Ausführung anzunehmen, wenn mit der Gesetzesübertretung selbst schon der Anfang gemacht und eine Handlung begangen wurde, welche schon Bestandtheil des Verbrechens ist. Hierher sind aber nicht nur solche Handlungen, welche zur Vollziehung des Verbrechens selbst gehören, zu rechnen, wie z. B. das Abschießen des Gewehres, sondern es gehören hierher auch schon solche, die in der Anwendung der zur Verübung des Verbrechens in Bereitschaft gesetzten Mittel, aller oder einiger, bestehen, z. B. das Zielen mit dem Gewehre, das Mischen des Giftes unter die Speise, das Vorsetzen und Darreichen der vergifteten Speise rc.[126]). Dagegen gehört es zu den blos vorbereitenden Handlungen, wenn man erst passende Gelegenheit zur Verübung des Verbrechens zu erhalten oder die Entdeckung desselben zu verhindern sucht, wenn man Mittel und Werkzeuge dazu sich anschafft oder auch mit denselben an Ort und Stelle sich begiebt oder sonst sich in den zur Verbrechensverübung unmittelbar erforderlichen Zustand versetzt und fertig macht. Dergleichen Handlungen dürfen also in der Regel[127]) noch nicht bestraft werden[128]). Straflos ist ferner auch gemeinrechtlich der Fall, wo der Thäter aus freiem Antriebe von dem verbrecherischen Unternehmen wieder absteht. Und obgleich Viele wegen des bereits zur Erscheinung gewordenen und thatsächlich zu erkennen gegebenen bösen Willens strafbaren Versuch annehmen, wenn Jemand eine rechtswidrige Absicht aus Irrthum an einem untauglichen Gegenstande ausführt, ingleichen wenn der Thäter, obgleich er es für tauglich hielt, doch ein untaugliches Mittel irriger Weise anwendete; so ist doch hier so, wie da, wo Jemand aus Unverstand oder Aberglauben untaugliche Mittel gebrauchte, eine höchstens mit polizei-

125) Das bayer. StGB. jedoch stellt die Vorbereitungshandlungen unter den Gesichtspunkt des entfernten Versuches (Art. 57).

125a) Luden, über den Versuch S. 459.

126) Zachariä, Vers. §. 107.

127) Ausnahmsweise erscheint aber (criminalpolitisch) Strafe räthlich bei Complott und Anstiftung zu Hochverrath, Mord, Raub und Brandstiftung, bei bewaffneter Wegelagerung und Auflauerung zu Tödtung oder Körperverletzung, beim Einbrechen, Einsteigen und Einschleichen in bewohnte Gebäude zu Tödtung und Gewalt, bei vorsätzlich veranstalteter hilfloser Niederkunft zu Kindesmord. Zachariä, Vers. §. 114.

128) Zachariä, Vers. §. 106. Viele sind a. M., z. B. Mittermaier, N. Archiv des CrR. II, S. 607. Köstlin, Revision S. 383.

lichen Correctiven zu zügelnde Unsittlichkeit, keineswegs aber ein mit Criminalstrafen zu ahndendes Unrecht anzunehmen. Dahingegen ist in dem Falle, wo an einem möglichen Gegenstande des Verbrechens mit tauglichen Mitteln, die aber wegen der besonderen Beschaffenheit des Gegenstandes unwirksam sind, ein Verbrechen versucht wird, z. B. wenn A. dem B., dem zufällig das Gift nichts schadet, eine zur Vergiftung sonst in der Regel hinlängliche Portion Gift beigebracht hat, allerdings strafbarer Versuch anzunehmen[129]). Einige Verbrechen schließen überhaupt, schon ihrer Natur nach, die Idee des Versuches aus. So namentlich die schon genannten culposen Verbrechen; in gewisser Hinsicht auch die Unterlassungsverbrechen. Denn wenn man auch theilweise bei ihnen eine Möglichkeit des Versuches anzuerkennen genöthigt sein sollte, so fehlt doch vor ihrer Vollendung wohl immer die äußere Erkennbarkeit des strafgesetzwidrigen Vorsatzes, und der strafbare Entschluß fällt mit dem Nichtthun gewöhnlich zusammen[130]). Unbedingt gehören aber noch hierher diejenigen Verbrechen, bei welchen kein stufenweises Fortschreiten der Thätigkeit stattfindet, wie namentlich mündliche Injurien[131]), da halb ausgesprochene Worte, namentlich bei compositis, sich zwar denken und sogar so denken lassen, daß die ausgesprochene erste Silbe nur erst den Verdacht der Injurie erregt, während die folgende zweite, resp. dritte ꝛc. Silbe die Injurie zur Gewißheit bringt. Hierbei darf aber nicht übersehen werden, daß eben ein Unterschied zwischen Verdacht und Versuch, Gewißheit und Vollendung der Injurie zu machen ist und diese wesentlich verschiedenen Begriffe nicht zusammenzuwerfen sind. Bloße Drohungen begründen noch keinen Versuch, können aber an und für sich oder als selbstständige Verbrechen strafbar sein. „Denn die Erklärung, etwas thun zu wollen, ist noch kein Anfang der That selbst, nicht einmal eine äußere Vorbereitung derselben"[132]). Um von einem strafbaren Versuche reden zu können, muß vielmehr das wissentlich rechtswidrige Unternehmen schon soweit vorgeschritten sein, daß außer der verbrecherischen Absicht auch schon die äußere That und in ihr das beabsichtigte Verbrechen in unverkennbaren Spuren zu erblicken ist. Der Versuch hat keinen anderen Thatbestand als das vollendete Verbrechen; nur liegt bei ihm wegen der vor Verwirklichung des vollen äußeren Thatbestandes abgebrochenen Handlung allemal ein Mangel am Thatbestande vor. (S. oben.) — Je nachdem sich der Versuch der Vollendung des Verbrechens mehr oder weniger nähert, ist er auch bald härter, bald gelinder

---

129) Zachariä, Versuch I, S. 239 flg. A. M. ist Köstlin, Revision S. 373. Vgl. übrigens Chop, Kann ein Verbrechen mit absolut untauglichen Mitteln versucht und an einem Gegenstande begangen werden, rücksichtlich dessen es unmöglich ist? Archiv des CrR. 1842 S. 519.

130) A. Bauer, Abhandl. I, S. 338. Vgl. auch Spangenberg, N. Archiv des CrR. IV, S. 527 flg.

131) Bauer a. a. O. Zachariä a. a. O. S. 75.

132) Zachariä a. a. O. S. 193.

zu bestrafen. Der beendete Versuch ist also strafbarer als der unbeendete, der nächste strafbarer als der entfernte[133]; jeder Versuch aber ist weniger strafbar als die Vollendung des Verbrechens, da auch bei dem beendeten Versuche kaum anzunehmen ist, daß der Verbrecher um jeden Preis die Consummation des Verbrechens gewollt habe und die Rechtsverletzung, welche die Vollendung hervorruft, ungleich bedeutender ist, als die vom bloßen Versuche involvirte[134]. Doch enthält sowohl das gemeine als auch manches Partikularrecht häufige Ausnahmen[135]. Besteht der Versuch in an sich schon strafbaren Handlungen, z. B. Brandstiftung, um zu tödten, so spricht man von einem qualificirten Versuche, von einem conatus sui generis, und es muß dann die durch das fragliche Verbrechen, z. B. durch die Brandstiftung, verwirkte Strafe durch einen Zusatz vermehrt werden[136]. (S. übrigens Rechtslexikon Art. Versuch.)

Da Wille und That und zwar erst die Identität beider das Verbrechen begründen, so folgt ferner, daß nur menschliche Individuen, nicht aber moralische Personen als bloße von ihren physischen Gliedern und Verwaltern getrennt zu denkende Abstracta Verbrechen begehen[137], überhaupt handeln können[138]. Nun ist es aber entweder ein einzelnes Individuum, welches als Urheber des Verbrechens dasteht, oder es concurrirt bei der Begehung und Ausführung des Verbrechens eine Mehrheit von Individuen (concursus plurium delinquentium ad unum delictum)[139]. Der letztere Fall muß eintreten (concursus necessarius), wenn das Verbrechen von der Art ist, daß es seinem Begriffe nach eine Mehrheit von Personen erfordert, wie z. B. das Duell. Er kann aber auch ohnedies eintreten (concursus facultativus), wenn entweder der Eine den Anderen zur Verübung des Verbrechens anstellte und dieses von ihm ausführen ließ, oder wenn Mehrere mit vereinten Kräften das Verbrechen ausführten oder unternahmen oder wenn der Verbrecher bei seinem Verbrechen sich der bloßen Beihilfe Anderer bediente. Hierbei wird einem Jeden in der Regel nur sein eigenes Handeln, die Thätigkeit der Anderen aber, sei diese nun gleichzeitig oder vorangehend, nur insoweit, als ihm dieselbe bekannt war, zugerechnet[140]. Man unterscheidet zwischen Haupttheil-

133) Zachariä, II, S. 75 flg.
134) Zachariä, II, S. 51 flg.
135) Tittmann, Handbuch §. 98, N. m.
136) Tittmann, Handbuch §. 98 a. E.
137) Heffter, Lehrbuch §. 46, Anm. 1. Köstlin, Revision §. 129. A. M. ist A. Bauer, Abhandl. I, S. 453. Vgl. auch Ziegler, die Verbrechensunfähigkeit juristischer Personen. 1852.
138) Puchta, im Rechtslexikon III, S. 70 flg.
139) Feuerbach, Revision II, S. 243.
140) Nur bei der verbrecherischen Genossenschaft, communio delicti, läßt sich die gemeinschaftliche Zurechnung des viribus unitis verübten Verbrechens als Grundsatz rechtfertigen.

nehmern oder Urhebern (auctores, coauctores) und Nebentheilnehmern; und bei den Haupttheilnehmern wiederum zwischen dem Ursacher[141]) (Anstifter, auctor intellectualis) und dem Thäter (auctor physicus), bei den Nebentheilnehmern aber wiederum zwischen den Gehilfen (socii) und den Begünstigern (fautores)[142]). Jede Theilnahme am Verbrechen ferner kann entweder eine positive oder negative, eine physische oder intellectuelle, eine allgemeine (wo der Verbrechenscharakter nur in dem Gattungsbegriffe des Verbrechens zu finden ist, z. B. bei der Theilnahme eines Fremden am Vatermorde) oder eine besondere (welche bei manchen Verbrechen, z. B. beim Kindesmorde, gar nicht denkbar ist), eine einfache oder qualificirte (welche letztere Merkmale an sich trägt, die härtere Strafen im Gefolge haben, z. B. wenn der Sohn bei der Ermordung seines Vaters hilft), eine verabredete oder zufällige, eine vorausgehende, gleichzeitige oder nachfolgende sein. Urheber des Verbrechens ist derjenige, der mit freier Selbstbestimmung, unmittelbar oder mittelbar, zum Verbrechen schreitet, so zwar, daß er dabei für sich selbst handelt und sich selbst zum Zwecke hat[143]), Gehilfe hingegen derjenige, welcher blos das vom Anderen beabsichtigte Verbrechen durch seine Hilfeleistung vorsätzlich befördert, indem er sich nur in Beziehung auf die Handlung und ihre Folgen als wirkende Ursache, in Beziehung auf den Urheber aber als bloßes Mittel setzt. Wenn Mehrere mit der auf das Verbrechen gerichteten Absicht letzteres gemeinschaftlich begingen, so sind sie Miturheber. Die Miturheberschaft läßt sich aber nicht allein unter mehreren Mitursachern, wenn dieselben gemeinschaftlich auf einen Anderen zur Verübung der physischen That einwirkten, sowie ferner unter mehreren Mitthätern, wenn dieselben mit vereinigten Körperkräften das Verbrechen begingen, sondern auch zwischen Ursacher und Thäter in ihrem gegenseitigen Verhältnisse denken. Was nun die Ursacher oder Anstifter (auctores intellectuales) insbesondre anlangt[144]), so gehören zu ihnen überhaupt alle diejenigen, welche Andere, physisch oder psychisch, durch körperlichen Zwang, Befehl[145]), Drohung, Versetzung in Irrthum,

---

141) Vgl. C. C. C. art. 148.

142) Tittmann, über Urheber u. Gehilfen, N. Archiv d. CrR. II. S. 369. Stübel, Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen. 1828. A. Bauer, Abhandl. I. 1840. S. 409. Köstlin, Revision S. 448. Hepp, Theilnahme am Verbrechen, Archiv des CrR. 1846. S. 313. 1848. S. 262. Berner, Theilnahme am Verbr. 1847. Zachariä, Archiv des CrR. 1850. S. 265. 1851. S. 209. v. Jagemann, Zusammenwirken zum Verbrechen, Archiv des CrR. 1851. S. 345. Krug, Abhandl. 1855. S. 73.

143) Köstlin, Revision §. 132.

144) Zur Lehre von der Anstiftung vgl. Roßhirt, Archiv des CrR. 1851 S. 498. 1852. Berner, das. 1853 Ergänzungsheft S. 85. Derselbe, Theilnahme S. 269. Krug, Abhandl. 1855 S. 101.

145) Der Befehl entschuldigt den Thäter völlig, wenn letzterer darin ein

instigatio, Verblendung, Ueberredung und Auftrag [146]) zu verbrecherischen Thaten vermochten. Sie sind dafür so, als wäre es ihre eigene That, verantwortlich und strafbar, ja sie machen sich bisweilen noch strafbarer als der (physische) Thäter selbst, z. B. wenn sie letzteren zu Zorn und Wuth verblendeten und so zur Tödtung eines Dritten vermochten; denn dann wäre dieser nur als Todtschläger, sie selbst aber wären als Mörder zu bestrafen. Auch versteht es sich von selbst, daß ihnen die Straflosigkeit des instigirten Wahn- oder Blödsinnigen oder die verminderte Strafbarkeit des leichtsinnigen Jünglings nicht zu Gute kommen kann; und selbst wenn der von ihnen Angestellte und Instigirte von aller That abstand, bleiben sie selbst doch des verbrecherischen Versuches schuldig [147]). Ging aber der Thäter weiter, als er sollte, so nehmen sie doch auch an der Strafbarkeit dieses Excesses wegen culposer Veranlassung Theil [148]). Soweit übrigens Anstifter und Thäter als coauctores, nämlich als auctor intellectualis und auctor physicus sich darstellen, kann man sagen, daß Beide caeteris paribus in der Regel auf gleicher Stufe der Strafbarkeit stehen [149]). Dasselbe läßt sich nun auch im Allgemeinen von den Complottanten behaupten. Complott ist die Vereinigung Mehrerer zu gemeinschaftlicher Verübung eines bestimmten Verbrechens, dahingegen eine Rotte oder Bande angenommen wird, wenn diese Vereinigung zur Verübung mehrerer, noch unbestimmter oder doch nur der Gattung nach bestimmter Verbrechen dienen soll. Man stellt auch die Bande als generelles Complott dem speciellen oder in specie sogenannten Complott entgegen. Dadurch aber, daß die Bande zu einem bestimmten Verbrechen übergeht, nimmt sie den

---

Gesetz anerkennen mußte, z. B. wenn der Soldat par ordre tödtet; denn miles, cum obediens potestati, sub qua legitime constitutus est, hominem occidit, nulla civitatis suae lege reus est homicidii. c. 13. Caus. XXIII. qu. 5.; wenn hingegen der Befehl nur als individueller Wille erscheint, darf demselben nur insoweit gehorcht werden, als er dem objectiven Rechte gemäß ist. Daher können sich Haussöhne und Sclaven nicht auf Befehl des Vaters oder dominus beziehen. Ulpian. Dig. 50. 17. L. 157. Sonst gilt aber L. 4. ibid. S. oben N. 83.

146) Daß der Auftrag zu einem Verbrechen privatrechtlich ohne Wirkung ist, ändert an der Strafbarkeit des Mandanten nichts. Ebensowenig kann aber auch der civilrechtliche Grundsatz „ratihabitio mandato comparatur" dazu angewendet werden, die Billigung eines schon geschehenen Verbrechens dem Auftrage gleich zu stellen. Tittmann, Handbuch §. 105. Uebrigens hat die Ansicht der Strafbarkeit des Mandanten als auctor intellectualis auch manches Bedenkliche, wenn man sich mit Feuerbach (Lehrbuch §. 44) die Thätigkeit des Urhebers als hinlängliche Ursache denkt, welche das Verbrechen als ihre Wirkung hervorbrachte. Ein Client z. B. giebt seinem Anwalte den Auftrag, dem Gegner ein wichtiges Document zu entwenden oder zu unterschlagen und der Anwalt thut es. Vgl. auch Mittermaier, N. Archiv des CrR. III, S. 125 flg. und über die Bestrafung des Rathgebers insbes. ebend. VIII, S. 336 flg.

147) A. Bauer, Abhandl. II, S. 430.

148) Hepp, Commentar B. I, S. 553 flg.

149) Vgl. hierzu Abegg, Verhältniß des intell. Urheb. zum phys. Archiv des CrR. 1841 S. 379.

Charakter des speciellen Complotts sofort an[150]). Der Thatbestand des Complotts erfordert 1) mehrere Personen, einerlei, ob viele oder wenige; 2) ein verbrecherisches Handeln, welches beim eigentlich sog. Complotte genauer bestimmt sein muß, bei der Bande aber unbestimmt gelassen bleibt; 3) einen gemeinschaftlichen, darauf gerichteten Beschluß, einschließlich der nachherigen Genehmigung desselben von Seiten eines später Beitretenden: wogegen der bloße Wunsch der Ausführung und des Gelingens der verbrecherischen That oder gar nur das bloße Interesse daran so wenig zum Begriffe des Complotts genügt, als die bloße Beziehung des Anstifters zum Thäter; 4) gegenseitige Verpflichtung resp. Verschwörung aller Theilnehmer zur gemeinschaftlichen Ausführung des beschlossenen Verbrechens, so daß der Eine auf den Anderen sich verlassen kann und das, was er allein nimmermehr gewagt haben würde, in Verbindung mit Mehreren, unitis viribus, allerdings ausführen zu können glauben darf. In dieser Beziehung trägt also jeder einzelne Complottant zum Gelingen der Verschwörung allerdings bei und jeder von ihnen darf sich deshalb auch als nothwendiges Glied einer Kaste und als unentbehrlichen Theil eines Ganzen betrachten; jeden Einzelnen aber deshalb für einen Anstifter gelten zu lassen, wie Feuerbach will[151]), ist nicht zu billigen. Diesen Namen verdienen vielmehr nur solche Häupter des Complottes, welche dasselbe zunächst veranlaßten, den Plan zur Verschwörung entwarfen und Theilnehmer dazu anwarben. Ihnen mögen die Rädelsführer, duces criminis, als diejenigen, welche die Ausführung des Verbrechens leiten, an die Seite gestellt werden. Wohl aber sind alle Complottanten als Miturheber zu betrachten und, wenn es dazu kam, verabredetermaßen einander Beistand und Hilfe zu leisten, oder bei Ausführung des beabsichtigten Verbrechens, sei es auch nur durch ihre bloße Gegenwart, mitzuwirken, als solche zu bestrafen[152]). Das schließt jedoch nicht aus, daß das Complott auch seine Gehilfen haben kann, oder daß auch diejenigen Complottanten, welche bei der Ausführung nicht mitwirkten, wenigstens als Gehilfen, nämlich als intellectuelle, betrachtet und behandelt werden. Auch die bloße Eingehung des Complottes ist, als Versuch, schon strafbar, wenn die Complottanten durch Zufall und wider ihren Willen an der Ausführung des fraglichen Verbrechens gehindert wurden; wenn aber das Complott durch freiwilligen Rücktritt der Complottanten auseinander ging, würde dasselbe criminalrechtlich straflos bleiben und nur criminalpolitisch als gefährliche Handlung mit einer Strafe bedroht werden können. — Bei Zumessung der Strafe für die einzelnen Complottanten ist darauf, ob der Eine mehr, der Andere weniger dazu beigetragen und welchen Vortheil sie davon

---

150) S. überh. Schirach, N. Archiv des CrR. I, S. 516. Kleinschrod, ebend. IV, S. 329. Cucumus, ebend. XIV, Nr. 1. Berner, Theilnahme S. 393. Köstlin, Revision S. 577.
151) Feuerbach, Lehrbuch §. 47.
152) C. C. C. art. 148.

getragen haben, keine Rücksicht zu nehmen; vielmehr wird jedem Complottanten das durch das Complott verübte Verbrechen voll zugerechnet[153]); woran umsoweniger zu zweifeln ist, je mehr die Zusage gemeinschaftlicher Mitwirkung den Einzelnen im Vertrauen auf diese Hilfe zur That anfeuerte[154]). Wohl aber ist noch immer ein Unterschied zwischen einfachen Complottanten und Häuptern der Verbindung oder Verschwörung (ausgezeichneten Theilnehmern) bei Ausmessung der Strafe zu machen, sowie überhaupt auch auf die größere oder geringere Gefährlichkeit des Complottes zu achten. — Als bloßer Gehilfe[155]) concurrirt man bei dem von einem Anderen beschlossenen und zur Ausführung gebrachten Verbrechen, wenn man den verbrecherischen Entschluß des Anderen durch Zureden und Lob befestigt, wenn man Rath und Anschlag dazu giebt, wenn man die Mittel und Wege zur Ausführung zeigt u. s. w. oder auch, wenn man an der Handlung des Verbrechens, ohne jedoch die ihm zu Grunde liegende verbrecherische Absicht zu theilen, Theil nimmt (z. B. wenn man die vom Anderen entführte Frauensperson in den Wagen setzt und mit ihr davon fährt), ferner wenn man während der Ausführung des Verbrechens Wache steht und Kundschaft giebt u. dergl., endlich wenn man infolge einer vor der That gegebenen Zusage dem Thäter Beistand leistet. Bloße Nichtverhinderung (sog. crimen conniventiae[156])) ist weder verbrecherische Beihilfe noch überhaupt verbrecherisch[157]). Nur bei Personen, welche in Amt und Pflicht stehen, kann man sagen, daß sie sich der verbrecherischen Beihilfe schuldig machen, wenn sie das Verbrechen des Anderen nicht hindern, sondern die Ausführung desselben geflissentlich geschehen lassen (concursus negativus). Culpose Beihilfe giebt es nicht, sie ist wenigstens im Criminalrechte unbekannt; wohl aber hat man zwischen intellectueller und physischer Beihilfe zu unterscheiden. Auch darf man die Beihilfe in nahe und entfernte, unmittelbare und mittelbare, eintheilen und selbst eine Beihilfe der Beihilfe, ja selbst einen bloßen Versuch zur Beihilfe (wenn nämlich der Gehilfe durch eine äußere Handlung die Absicht, das Verbrechen eines Anderen zu befördern, an den Tag gelegt hat[158])), statuiren, um einen gerechten Maßstab für Zumessung der Strafe, die allemal geringer als die dem Urheber und gleichem Theilnehmer zuzuerkennende sein muß, zu erhalten. — Da die

153) C. C. C. art. 148.

154) Tittmann, Handbuch §. 103.

155) Vgl. Birnbaum, über den Begriff von Socius in den Quellen des R. StR., Archiv des CrR. 1842 S. 1. Krug, Abhandl. 1855 S. 73 (über den Begriff der Beihilfe zu einem Verbrechen).

156) Püttmann, de crimine conniventiae, in Opp. iur. cr. nr. 3.

157) Stübel, Thatbestand §. 43 flg. Roßhirt, Entw. S. 238 flg. Wächter, Lehrbuch §. 91, N. 88. Oerstedt, Grundr. §. 77. Vgl. auch Hepp, Archiv des CrR. 1837 S. 30. Heffter, ebend. 1851 S. 445.

158) A. Bauer, Abhandl. I, S. 459.

Theilnahme der Gehilfen nicht als eine für sich bestehende That, sondern in ihrem Verhältnisse zu einer fremden That, zur That des Urhebers, aufgefaßt werden muß[159]), so bestimmt sich auch die Strafe der Gehilfen allemal nach Verhältniß der Größe derjenigen Strafe, welche das Gesetz dem Hauptverbrecher selbst androht und es ist deshalb nach diesem Verhältnisse sowohl derjenige Gehilfe, der wegen Mangels aller zum Begriffe des fraglichen Verbrechens erforderlichen Eigenschaften dasselbe (z. B. ein Amts- oder Dienstverbrechen) zu begehen gar nicht im Stande wäre, als auch derjenige, der bei einem nur dem Thäter und Urheber als Parricidium zur Last fallenden Morde oder einem anderen nach gewissen persönlichen Verhältnissen für den Urheber allein besonders qualificirten Verbrechen Hilfe leistete, zu bebestrafen. Uebrigens ist positive und bestimmte Beihilfe meistentheils strafbarer als negative und unbestimmte, bei gleichartigen Gehilfen aber ist auf die Beschaffenheit und Größe der Mitwirkung Rücksicht zu nehmen und daher auch der Hauptgehilfe härter als der Nebengehilfe, der vollendete Beistand strenger als der blos versuchte zu bestrafen[160]). — Schließt sich die Beihilfe erst an die vollendete fremde That an, so nennt man sie Begünstigung[161]). Begünstiger des Verbrechens ist also derjenige, der den Verbrecher nach vollbrachter That in Beziehung auf dieselbe wissentlich unterstützt, ohne eine solche Unterstützung vor der That zugesagt zu haben[162]). Er thut dies namentlich, wenn er nach dem Willen des Thäters die Hindernisse, welche dem Gelingen der That sich entgegenstellen könnten, z. B. bei der Brandstiftung durch Hinwegnahme der Löschgeräthschaften, entfernt oder sonst das Verbrechen befördert und seine Nachwirkung verstärkt; desgleichen wenn er die Person des Thäters in Schutz nimmt, seiner Kenntlichmachung und Arretur entgegenwirkt, seine Flucht befördert; wenn er die durch das Verbrechen gewonnenen Sachen an sich nimmt, verbirgt oder in's Geld setzt und dem Thäter den Gewinn sichert oder zukommen läßt; wenn er die Spuren der verbrecherischen That entfernt und die gerichtlichen Bemühungen zur Feststellung des Thatbestandes vereitelt. Es giebt also keine dem Verbrechen vorausgehende Begünstigung vor der That[163]). Obgleich übrigens die Begünstigung wie die Beihilfe in steter Beziehung auf ein anderes Verbrechen, dessen Accessorium sie ist, betrachtet werden zu müssen scheint, so sind

159) Hepp, Commentar Bd. I, S. 590 flg.

160) Ueber allgemeine und besondere Gehilfen bei verbrecherischen Handlungen s. Brackenhöft, im Archiv des CrR. 1840 S. 410.

161) Sander, über Begünstigung von Verbrechen, Archiv des CrR. 1838 S. 431. 1839 S. 248, 396.

162) Die infolge vorheriger Zusage geschehene Unterstützung würde unter den Begriff der Beihilfe fallen.

163) A. M. ist Wächter, Lehrbuch §. 91. Da aber hierdurch die Ausführung des Verbrechens befördert wird, so paßt sie mehr unter den Begriff der Beihilfe. A. Bauer, Abhandl. II, S. 465. Vgl. auch Heffter, Lehrbuch §. 84.

doch die Begünstiger den Gehilfen nicht gleichzustellen; vielmehr sind sie nur da criminell strafbar, „wo ihre Begünstigung ausdrücklich vom Gesetze für strafbar erklärt ist[164]." Und auch dann dürfen sie nicht nach denselben Grundsätzen wie die Gehilfen gestraft werden, schon darum nicht, weil der beim Gehilfen anzulegende, vom Grade seiner Mitwirkung zum Verbrechen hergenommene Maßstab bei der Begünstigung gar nicht passen würde. „Vielmehr stellt sich die Begünstigungshandlung oft als ein für sich bestehendes Polizeiverbrechen dar, dessen Zusammenhang mit dem fremden Verbrechen weit weniger unmittelbar erscheint, als dies bei einer wahren Hilfeleistung der Fall ist. Eben deshalb wird auch der Begünstiger oft nicht sowohl nach den eigenthümlichen Grundsätzen, welche für das fremde Verbrechen gelten, als vielmehr nach besonderen Grundsätzen zu beurtheilen sein[165]." Die unterlassene Anzeige eines begangenen Verbrechens[166]) ist weder als Begünstigung zu betrachten, noch sonst criminell zu beurtheilen und zu bestrafen; ausgenommen in amtlichen und Dienstverhältnissen. Doch empfiehlt die Criminalpolitik gesetzliche Strafen und Strafbestimmungen gegen denjenigen, der den Thäter eines Verbrechens kennt und weiß, daß ein Unschuldiger deshalb zur Untersuchung gezogen oder gar schon zur Strafe verurtheilt worden ist. Noch weit mehr gilt dies für die unterlassene Anzeige oder Nichthinderung der noch bevorstehenden Verübung eines Verbrechens oder für unterlassene Verhinderung desselben, vorausgesetzt, daß wir glaubhafte Kenntniß von dem verbrecherischen Plane haben und daß die Bemühungen, das Verbrechen zu verhindern, nicht mit Gefahr für uns und unsere nächsten Angehörigen verbunden sind.

Nach dem concursus delinquentium ad idem delictum betrachten wir schließlich noch den concursus delictorum, die Verbrechensconcurrenz oder den Zusammenfluß mehrerer Verbrechen[167]). Derselbe wird angenommen, wenn mehrere noch ungetilgte Verbrechen derselben Person dermaßen zusammentreffen, daß darüber in einem und demselben Urthel zu erkennen ist. Eingetheilt wird er in concursus successivus s. materialis s. realis und concursus simultaneus s. formalis s. idealis, sowie ferner in concursus homogeneus und heterogeneus[168]). Simultane oder ideale Con-

---

164) Marezoll, CrR. §. 45.

165) Marezoll a. a. O.

166) Vgl. I. H. Böhmer, de obligatione ad revelandum occulta, in Exercit. ad Pand. VI. nr. 97. p. 258. Tittmann, Handbuch §. 111.

167) Savigny, de concursu delictorum formali 1800. Schröter, de concursu delictorum 1812. Sander, Archiv des CrR. 1836 S. 266, 357. A. Bauer, Abhandl. II, Nr. 1. Krug, über Concurrenz der Verbrechen 1842. Derselbe, Abhandl. 1855 Nr. 5 u. 6, S. 101, 132. v. Jagemann, über Bestrafung zusammentreffender Verbrechen, Archiv des CrR. 1849 S. 220. — Weitere Literatur bei Bauer a. a. O. S. 3 flg.

168) Für die Ausdrücke homogener und heterogener Concurrenz substituirt Bauer (Abhandl. II, S. 18 flg.) die Ausdrücke: einartiger und mehr-

currenz tritt ein als gleichartige, wenn dasselbe Strafgesetz durch mehrere Verbrechen (z. B. Injurie gegen Mehrere, zwei Tödtungen durch eine Vergiftung oder durch einen Schuß) oder als ungleichartige, wenn eine Mehrheit von Strafgesetzen durch ein Verbrechen (z. B. incestuoser Ehebruch, Tödtung des Einen und Verwundung des Anderen durch einen Schuß) übertreten wird; successive Concurrenz aber findet statt gleichartig, wenn dasselbe Verbrechen successiv wiederholt wird (z. B. wenn A. durch zwei Schüsse den B. und C. tödtet), ungleichartig, wenn verschiedene Verbrechen hinter einander begangen werden (z. B. wenn durch zwei verschiedene Handlungen der Eine getödtet, der Andere verwundet wird). Keine Concurrenz, insbesondre keine ideale oder gleichzeitige, sondern nur ein einziges Verbrechen ist anzunehmen, wenn letzteres nur als Species eines unter den Verbrechen auch mit genannten Genus, z. B. Raub und Nothzucht zugleich als crimen vis oder Vergewaltigung, erscheint; und ebensowenig, wenn ein und dasselbe Verbrechen blos fortgesetzt wird (delictum continuatum)[169]). Denn wenngleich mehrere, der Zeit nach verschiedene Handlungen, wodurch jedesmal das Strafgesetz von neuem verletzt wird, vorkommen, so stehen dieselben doch in einem solchen Zusammenhange, daß sie sämmtlich entweder nur als verschiedene Aeußerungen desselben verbrecherischen Verhältnisses (wie z. B. Ehebruch und Bigamie) oder nur als die zur Ausführung desselben Verbrechens nöthigen verschiedenen Handlungen (wie z. B. bei der Entwendung des Weines aus einem nach und nach abgezapften Fasse) sich darstellen. Kommt Jemand gleichzeitig wegen mehrerer Verbrechen in Untersuchung, so hat er eigentlich so viel Strafen verwirkt als er Verbrechen begangen und Strafgesetze übertreten: quot delicta tot poenae[170]). Nach der in der teutschen Praxis, namentlich seit Carpzov, aufgekommenen Regel aber: poena maior absorbet minorem (Grundsatz der Absorption) sollte dem Verbrecher von allen verwirkten Strafen nur die härteste zuzuerkennen sein und in dieser die Strafe der übrigen Verbrechen mit verbüßt werden[171]). Dieser Grundsatz widerspricht zwar anscheinend sowohl dem

---

artiger Zusammenfluß, für die Benennung realer und idealer Concurrenz aber nach Sander (a. a. O. S. 273) die Benennungen: mehrthätlicher und einthätlicher Zusammenfluß.

169) Mittermaier, Unterschied zwischen fortgesetztem und wiederholtem Verbrechen, N. Archiv des CrR. II, S. 238. A. M. ist A. Bauer, Abhandl. II, S. 28 flg., 66 flg. Vgl. noch Krug, über Concurrenz der Verbrechen, insbes. den Begriff des fortgesetzten Verbrechens 1842. Derselbe, über das fortges. Verbrechen 1857.

170) Ulp. Dig. 47. 1. L. 2. pr.: Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur; neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam.

171) R. Hommel, Criminalistische Blätter S. 286 flg. — Carpzov (Def. for. P. IV. c. 23. def. 4. nr. 9.) sucht diese Regel durch Gaius in Dig. 9. 2. L. 32. §. 1. zu begründen. Allein dieses Fragment sagt etwas ganz anderes. Ebenso auch die gleichfalls hierher gezogene Fragm. 13. pr. 41. §. 1. Dig. de O. et A., C. C. C. art. 108. 163.

Criminalrechte als der Criminalpolitik; gleichwohl lag es nicht nur in der Härte der ehedem üblichen Strafen, sondern auch in der Natur der Sache, daß davon Gebrauch gemacht wurde. Denn da mehrere todeswürdige Verbrechen nur mit Einer Todesstrafe geahndet werden konnten, warum sollte denn die eine Todesstrafe, welche die andere Todesstrafe absorbirte, nicht auch andere geringere Strafen absorbiren? Und wenn der Todesstrafe diese absorbirende Kraft zuzugestehen war, warum sollte letztere nicht auch bei anderen Strafen angenommen werden? Da jedoch den rechtlichen Forderungen jedenfalls Genüge geschehen muß, so darf man zwar nicht Strafe auf Strafe mechanisch häufen und z. B. denjenigen, der durch mehrere Verbrechen 100 Jahr Zuchthaus verwirkt hat, ohne weiteres zu lebenslänglichem Zuchthause verurtheilen; wohl aber darf man, so lange ihre Verbindung möglich und die gesetzliche Zeitschranke nicht überschritten wird, sämmtliche verwirkte Freiheitsstrafen neben einander zuerkennen, ferner wo das längste gesetzliche Zeitmaß der mehrfach verwirkten Freiheitsstrafe den Forderungen der Gerechtigkeit nicht entsprechen sollte, zu Schärfungen, ingleichen, wenn es sich thun läßt, zu Strafverwandlungen verschreiten und selbst zu einer höheren Strafart (nur nicht zur Todesstrafe) übergehen [172]. Bei Eigenthumsverbrechen pflegt man jedoch den Werth der Delictsobjecte zusammenzurechnen und darnach die Höhe der Strafe zu bestimmen. Durch Todes- oder lebenslängliche Zuchthausstrafe werden fast überall die übrigen Strafen ausgeschlossen; nicht ausgeschlossen hingegen ist die Reduction der in Vereinigung zu erkennenden Strafen verschiedener Art unter Verkürzung ihrer Gesammtdauer auf die schwerste dieser Strafen, während mehrere zeitige Freiheitsstrafen gewöhnlich nicht höher als zur Dauer von 20 Jahren und nur dann zu lebenslänglichem Zuchthause gesteigert werden, wenn durch eins der mehreren Verbrechen schon zwanzigjähriges Zuchthaus verwirkt ist [173]. Alles dieses gilt von der materiellen Verbrechensconcurrenz. Bei der idealen gestaltet sich das Verhältniß um deswillen etwas anders, weil hier, bei vorhandener Einheit des Entschlusses und der Handlung, die subjective Strafbarkeit des Verbrechers weit geringer erscheint, als im Falle des realen Zusammenflusses mehrerer Verbrechen. Daher findet man denn auch in den neueren Criminalgesetzgebungen, daß, während bei der realen Verbrechensconcurrenz die Verwirkung der verschiedenen, auf die verschiedenen Verbrechen gesetzten Strafen als Regel festgehalten wird, bei der idealen Concurrenz der Verbrechen nur die schwerste der verschiedenen

172) Sowenig ein einzelnes Verbrechen durch seine Maßlosigkeit und Excentricität sich entschuldigen läßt — indignum est crimina atrocitate defendi — ebensowenig darf die Häufung mehrerer Verbrechen zum Strafmilderungsgrunde gemacht werden.

173) S. z. B. preuß. StGB. §. 57 und würtemberg. StGB. Art. 116. Vgl. überh. Häberlin, Criminalrecht nach den teutschen Strafgesetzbüchern 1845 S. 156 flg.

Strafen zur Anwendung kommt [174]). — Concurrenz des Versuches mit dem vollendeten Verbrechen [175]) setzt das Dasein eines Zusammenhanges zwischen beiden (erkennbar entweder in der Einheit der Handlung oder in der Gleichzeitigkeit beider Handlungen oder in der Einheit des Entschlusses) bei alledem aber Trennbarkeit beider sowie eine solche Vereinbarkeit der Annahme eines Versuches und eines anderen vollendeten Verbrechens, welche zwischen beiden keinen, die Statthaftigkeit solcher Concurrenz ausschließenden Widerspruch aufkommen läßt, voraus [176]). Die Concurrenz ist aber auch hier wieder 1) eine ideale, wenn dieselbe Handlung theils den Versuch eines Verbrechens, theils ein vollendetes Verbrechen enthält, mithin zweimal in rechtlichen Betracht sich ziehen läßt, namentlich also a) wenn die Versuchshandlung schon an sich ein vollendetes Verbrechen ist, z. B. versuchter Mord und vollendete Körperverletzung; b) wenn ein bestimmtes Verbrechen beabsichtigt wurde, aber ein anderes eintrat und dieses in einem Zufalle seinen Grund hatte, namentlich also im Falle der aberratio ictus, wo der Handelnde eine bestimmte Person verletzen oder tödten wollte, zufällig aber einen Anderen verletzte oder tödtete [177]). 2) Eine reale Concurrenz tritt ein bei verschiedenen, jedoch im Zusammenhange stehenden Handlungen, von denen die eine auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtet war, die andere aber dasselbe zwar auf verschuldete Weise, jedoch ohne Absicht hervorgebrachte, namentlich also a) wenn der Erfolg eines bestimmten Verbrechens schon durch eine frühere Handlung erreicht war, aber der Thäter noch eine fernere Handlung zur Erreichung desselben Erfolges vornimmt, z. B. Concurrenz culposer Tödtung mit versuchtem Kindermorde in dem Falle, wo eine Mutter durch unterlassene Unterbindung der Nabelschnur das neugeborene Kind schon fahrlässiger Weise getödtet hatte und dasselbe nunmehr noch, um es zu tödten, in's Wasser wirft; b) wenn der Thäter in dem Wahne, durch die erste Handlung den verbrecherischen Erfolg schon erreicht zu haben, hierzu erst durch eine folgende, auf diesen Erfolg gar nicht gerichtete Handlung gelangt, z. B. wenn die Mutter in dem Wahne, ihr neugeborenes Kind sei bereits infolge der dolose unterlassene Nabelschnurunterbindung gestorben, dasselbe

---

174) Vgl. z. B. preuß. StGB. §. 55 flg. Eine Strafschärfung fügen hinzu das sächs. StGB. Art. 77, das würtemberg. StGB. Art. 123, das hannöv. StGB. Art. 105 u. A.

175) Vgl. Zachariä, Versuch §. 139—149. (I. S. 264—288.) Köstlin, Revision S. 127.

176) A. Bauer, Abhandl. I, S. 394 flg.

177) Wenn hingegen der Grund in einem Irrthume hinsichtlich des Gegenstandes, sei es der Person oder der Sache, lag, so ist keine Concurrenz von Versuch und Vollendung anzunehmen und es macht sich der Irrende solchenfalls lediglich eines vollendeten Mordes, einer vollendeten Brandstiftung ꝛc. schuldig, mag nun sein tödtlicher Streich den Rechten oder Unrechten getroffen, mag er das Haus seines Feindes oder irrthümlich seines Freundes in Brand gesteckt haben.

blos in der Absicht, die Spuren des Verbrechens zu vertilgen, in das Wasser wirft und hierdurch erst tödtet. Hier concurrirt blos versuchte mit culposer Tödtung und es ist darnach die Strafe zu bestimmen, wie denn überhaupt bei der Bestrafung einer solchen Verbrechensconcurrenz neben den allgemeinen Grundsätzen die Regeln von der relativen Strafbarkeit des Versuches zur Richtschnur zu nehmen sind [178]).

Eintheilung und Classification der Verbrechen. — Schon aus dem Bisherigen ergeben sich verschiedene Eintheilungen der Verbrechen. Man unterscheidet namentlich:

1) Begehungs- und Unterlassungsdelicte, Verbrechen durch positives oder negatives Handeln. Bei den Unterlassungsverbrechen ist als Regel anzunehmen: die Unterlassung muß in Nichterfüllung einer Pflicht zu specieller positiver Thätigkeit bestehen, welche der Unterlasser durch eine vorherige Handlung übernommen hat. Zu den Handlungen aber, aus welchen die vorauszusetzende specielle Verpflichtung zu positiver Thätigkeit hervorgeht, sind nur a) die förmliche Dienstverpflichtung, b) ein Privatversprechen, c) eine solche Handlung, aus welcher ihrer Natur nach Verpflichtung zu speciellem positiven Handeln hervorgeht, wohin namentlich alle gemeingefährlichen Handlungen gerechnet werden müssen, zu zählen. Das Unternehmen einer solchen Handlung, die Uebernahme der Dienstpflicht und das Privatversprechen — diese positiven Handlungen sind es, welche zu vorsichtigem Verfahren verpflichten und den Rechtsgrund, weshalb die Unterlassung der erforderlichen Sorgfalt und Vorsicht, nebst den daraus entstandenen schädlichen und traurigen Folgen zur Schuld zuzurechnen sind, enthalten. Die generelle Verpflichtung zur Vorsicht und Sorgfalt macht nur insoweit verantwortlich, als ihre Nichterfüllung mit besonderer Strafe bedroht ist [179]).

2) Delicta iuris gentium und delicta iuris civilis, je nachdem einige Missethaten schon von dem natürlichen Gefühle und dem jeden Menschen inwohnenden Rechtssinne gerichtet, andere Handlungen aber erst durch positive, den zeitlichen und örtlichen Bedürfnissen Rechnung tragende Verordnungen zu Verbrechen gemacht werden [180]). Hierher gehören namentlich auch die Polizeidelicte [181]). Bei jenen ersteren ist die Berufung auf Unkenntniß des Rechtes ausgeschlossen [181a]), dahingegen bei letzteren die Rechtsunkenntniß bald als Grund völliger

---

178) A. Bauer, Abhandl. I, S. 396—408.

179) Krug, Abhandl. aus dem StR. 1855 S. 21.

180) Vgl. Birnbaum, über den Begriff des natürlichen Verbrechens, im Archiv des CrR. 1836.

181) Vgl. Funke, im Rechtslexikon VIII, S. 180.

181a) Constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus. Valentin., Theodos. et Arcad. in Cod. I. 18. c. 12. Vergl. Feuerbach, Lehrbuch §. 86, N. 1.

Straflosigkeit, bald als Strafmilderungsgrund in Betracht gezogen werden muß.

3) Delicta vera und quasidelicta oder delicta quae ex scriptura legis descendunt und delicta quae ad exemplum legis vindicanda sunt[182]), also Verbrechen, welche nach der dispositio legis und solche, welche nach der ratio legis oder der Gesetzesanalogie bestraft werden. Bei Annahme und Aufstellung der letzteren ist die muthmaßliche Absicht des Gesetzgebers maßgebend.

4) Delicta formalia und delicta materialia, je nachdem ein Verbrechen lediglich durch die Form der Handlung oder durch den Zweck, welchen sich der Thäter dabei setzt, bestimmt wird, indem bei seiner Vollendung entweder von einem gewissen Erfolge abgesehen oder ein solcher erfordert wird.

5) Delicta dolosa und delicta culposa, je nachdem die gesetzwidrige Handlung beabsichtigt oder nicht beabsichtigt und entweder aus dem Willen und Vorsatze des Handelnden oder aus bloßem Versehen hervorgegangen war, also auf Nachlässigkeit und Leichtsinn beruhte. Letztgedachte Handlungen fallen eigentlich nicht unter den Rechtsbegriff des Verbrechens, sondern können nur wegen ihrer Gefährlichkeit von der Criminalpolitik zu Verbrechen gemacht werden[183]); sie sind daher im Zweifelsfalle mit Criminalstrafen zu verschonen und nur dann damit zu belegen, wenn ausnahmsweise der Gesetzgeber auch die culpa in gewissen Fällen besonders mit Strafe bedroht[183a]).

6) Gelungene und mißlungene Verbrechen[184]), je nachdem die strafbare Handlung zu ihrer Vollendung gedieh oder in den Grenzen des bloßen Versuches blieb, was sich sowohl bei formellen als bei materiellen Verbrechen denken läßt.

7) Gemeine und besondere Verbrechen, delicta communia und delicta propria, je nachdem der Gegenstand der Verletzung eine allgemeine, allen Staatsbürgern gleichmäßig obliegende oder eine solche Pflicht ist, welche nur von gewissen Personen aus einem besonderen Grunde erfüllt werden muß. Zu diesen letzteren gehören namentlich die Verbrechen der Soldaten[185]) und der öffentlichen Beamten[186]), aber auch die der Gatten und Verwandten.

8) Staatsverbrechen und Privatverbrechen, delicta

---

182) Modestin. Dig. 48. 4. L. 7. §. 3.

183) Stübel, über gefährliche Handlungen §. 41, im N. Archiv des CrR. VIII. (1826) S. 295 flg.

183a) S. oben Note 104a.

184) Vgl. Brackenhoeft, über das mißlungene Verbrechen, im Archiv des CrR. 1847 S. 58.

185) Ueber die Militärverbrechen s. Feuerbach, Lehrb. §. 486 flg. Vgl. auch Brauer, über das Militärstrafrecht der Römer, im Archiv des CrR. 1853 S. 41. — Ueber die modernen Militärstrafgesetzbücher s. Mittermaier zu Feuerbach §. 486 flg.

186) Vgl. Buddeus, im Rechtslexikon Art. Amtsverbrechen.

publica und delicta privata, von denen erstere gegen die Persönlichkeit des Staates und bestimmte Rechte desselben, letztere aber gegen einzelne bestimmte Privatrechte unmittelbar und wesentlich gerichtet sind. Die Staatsverbrechen[187]) zerfallen wiederum in politische, gegen die Persönlichkeit des Staates selbst gerichtete Verbrechen (Hochverrath, Landesverrath, Majestätsverbrechen, dem Staatszwecke widerstrebende Verbindungen und Gesellschaften[188])) und in Verbrechen gegen einzelne Hoheitsrechte, z. B. gegen die oberstrichterliche Gewalt, gegen die Finanzhoheit u. s. w.

9) Delicta secularia, ecclesiastica und mixti fori[189]). In die letztere Klasse stellte man ehedem auch die fleischlichen Verbrechen[190]) oder delicta carnis: fornicatio, concubinatus, stuprum, adulterium, bigamia, incestus[191]). Auch gehört noch hierher das scelus, quod non proficit scire, oder die Sodomie, worunter die Römer dasjenige, was wir jetzt Päderastie nennen (cum vir nubit in feminam viris porrecturam[192])) verstanden, die Neueren aber im weiteren Sinne jede widernatürliche Unzucht oder venus monstrosa, im engeren Sinne jeden widernatürlichen Beischlaf und im engsten Sinne endlich nur den coitus cum bestia verstehen[192a]). Im weiteren Sinne gehören also zur Sodomie a) die sodomia generis oder die Bestialität, b) die sodomia sexus mit ihren Unterarten der Päderastie (concubitus maris cum mare, coitus per anum) und lesbischen Liebe (concubitus feminae cum femina), c) der concubitus praeposterus[193]), d) der concubitus cam cadavere[194]), e) die Onanie. Bestraft wird nach der Peinl. Gerichtsordnung blos die sodomia generis und sexus und

---

187) Vgl. hierüber Hepp, die politischen und unpolitischen Staatsverbrechen und Vergehen, nebst angrenzenden Amtsverbrechen und Polizeiübertretungen. 1846. Birnbaum, Archiv des CrR. 1834 S. 161 flg.

188) v. Schirach, über politische Verbrechen, im Archiv des CrR. 1851 Beil.-Heft 1.

189) I. H. Böhmer, I. E. P. I. 2. 2. §. 132 sq. IV. 5. 1. §. 63 sq. C. I. Hommel, Epitome sacri iuris p. 160 sq.

190) Wächter, Abhandl. I, S. 162 flg.

191) Ehebruch und Doppelehe sind jedoch ebenso wie Nothzucht unter schicklichere Gesichtspunkte zu bringen. Vgl. im Rechtslexikon die betreffenden Artikel, sowie wegen der eigentlichen Carnaldelicte die Artikel Beischlaf, Blutschande, Concubinat.

192) Constantius et Constans, Cod. IX. 9. c. 31. Gedroht wird hier nur im allgemeinen mit exquisitis poenis. Ueber die ältere lex Scatinia sowie über die lex Iulia de adult. s. Wächter, Abhandl. I, S. 173 flg. und Ernesti, Clavis Ciceroniana, ind. legum v. Scatinia.

192a) Sehr lehrreich sind in dieser Beziehung Martialis, Epigrammata und die darin wiederholt vorkommenden Ausdrücke fellare, percidi, lingere, irrumare, culum praestare etc., ferner die pueri mutoniati, cinaeti, drauci, pathici etc., der digitus impudicus etc. Bezeichnend ist auch der in Iudae Epist. V. 7. vorkommende Ausdruck: (ἐκπορνεύειν καὶ) ἀπέρχεσθαι ὀπίσω σαρκὸς ἑτέρας.

193) Vgl. z. B. Kress, ad C. C. C. §. 4. not. 4.

194) Vgl. hierüber const. Sax. separ. 5.

zwar mit der Strafe des Feuers[195]), dahingegen das kanonische Recht[196]) auch die übrigen Fälle strafbar findet und demgemäß denn auch die Praxis dieselben mit verschiedenen, doch immer milderen Strafen belegt[197]).

10) Peinliche und nicht peinliche oder bürgerliche Fälle, je nachdem ein Verbrechen entweder peinlich, d. h. an Leben, Leib, Gliedern und Ehre oder blos mit einer Beschränkung der Freiheit, mit Vermögensnachtheilen, mit bloßen Demüthigungen und Bußen bestraft wird. (Vgl. z. B. die peinl. Gerichtsordnung Art. 138.) In ähnlicher Weise unterscheiden die modernen Legislationen nicht selten zwischen Verbrechen und Vergehen[198]).

11) Einfache und qualificirte oder gesetzlich ausgezeichnete Verbrechen. Dergleichen gesetzliche Auszeichnung ist z. B. die Gewerbmäßigkeit bei Diebstahl, Unzucht, Wucher.

12) Einfache und zusammengesetzte Verbrechen.

13) Gleichartige und verschiedenartige Verbrechen. Diese Eintheilung kommt vornehmlich beim Rückfall in Betracht. (S. unten.)

14) Delicta facti permanentis und delicta facti transeuntis.

15) Delicta determinata und delicta vaga.

16) Delicta excepta und non excepta[199]).

Bei Aufstellung eines Systems der Verbrechen oder bei Classification derselben ist von dem Ursprünglichen und Einfachen auszugehen und zu dem Abgeleiteten, Zusammengesetzten und Complicirten fortzuschreiten. Es ist daher mit den eigentlichen Verbrechen der Anfang zu machen und hier, nach einer Schilderung der beiden Hauptformen, in welchen das verbrecherische Thun erscheint, der List und der Gewalt[200]) (vgl. Rechtslex. Art. Dolus und Gewalt) zur Darstellung

---

195) C. C. C. art. 116.

196) Causa XV. qu. 1. c. 4. Causa XXXII. qu. 7. c. 12—15.

197) Wächter, Abhandl. I, S. 188. Neuere Gesetzgebungen bestrafen nur die sodomia generis und sexus, und zwar meistentheils nicht höher als mit einjährigem Gefängniß oder Zwangsarbeitsstrafe (Oesterr. Th. I, §. 113 flg. Sachsen Art. 357. Braunschweig §. 195. Würtemberg und Hannover dictiren nicht unter sechs Monaten Kreisgefängniß oder Arbeitshaus), ausgenommen Baden, Preußen und Hessen, die bis zu 2-, 4- u. 5jährigem Zuchthaus, Arbeitshaus und Gefängniß aufsteigen. (Baden §. 371, Hessen Art. 338, Preußen §. 143.)

198) Tittmann, Handbuch §. 34. Ungenannter, im N. Archiv des CrR. II, S. 385 (wo vor dieser Unterscheidung der Verbrechen gewarnt wird). Vgl. auch Thilo, StGB. für das Großh. Baden S. 15 flg.

199) Vgl. Luden, Thatbestand S. 138 flg. Heffter, Lehrb. §. 28 flg. Marezoll, Lehrb. §. 34. Ueber die excepta solita quinque crimina bei der Begnadigung s. unten Note 236.

200) „Duobus modis, i. e. aut vi aut fraude, fit iniuria." Cicero, de offic. I. 13.

derjenigen Privatverbrechen, deren Thatbestand in anderen, später vorzutragenden, öffentlichen und Privatverbrechen wiedergefunden wird, fortzuschreiten, hierbei aber zwischen denjenigen Verbrechen, bei welchen besondere Verhältnisse des Verbrechers nicht in Frage kommen und solchen, bei denen dergleichen Rücksichten genommen werden, zu unterscheiden. Zu jenen, delicta communia, gehören denn 1) als Verbrechen gegen einzelne Staatsbürger: verbrecherische Beeinträchtigung der Vermögensrechte (vgl. Rechtslexikon Art. Beschädigung, Diebstahl, Unterschlagung), Betrügereien, Fälschungen und Defraudationen (vgl. Rechtslexikon Art. Betrug, Defraudation, Grenzverrückung, Meineid), Ehrverletzungen (vgl. Rechtslex. Art. Injurie, Pasquill), Verbrechen gegen die persönliche Freiheit (vgl. Rechtslex. Art. Entführung, Menschenraub und widerrechtliches Gefangenhalten), Verbrechen gegen die Gesundheit oder gegen die Integrität der Körper- und Geisteskräfte (vgl. Rechtslex. Art. Körper- und Gesundheitsverletzung), Verbrechen gegen das Leben (vgl. Rechtslex. Art. Tödtung), Verbrechen, welche sowohl das Vermögen als auch andere Güter (Leben, Gesundheit, Ehre und Freiheit) verletzen und gefährden (vgl. Rechtslex. Art. Brandstiftung, Nothzucht, Raub); ferner 2) als Verbrechen gegen den Staat und die Staatsgewalt: Verbrechen, die einen unmittelbaren Angriff auf die Persönlichkeit des Staates, auf seine Existenz und seine Verfassung enthalten (vgl. Rechtslex. Art. Majestätsverbrechen und Hochverrath), verbrecherische Hemmung und Störung der Staatsgewalt in ihren einzelnen Zweigen und zwar: Umgehung und Verletzung der obrigkeitlichen Autorität durch Eigenmacht und Selbsthilfe (vgl. Rechtslex. Art. Aufruhr, Landfriedensbruch, Selbsthilfe), Hemmung und Störung der Finanzhoheit des Staates (vgl. Rechtslex. Art. Münzverbrechen); 3) Verbrechen gegen Religion und gute Sitten (vgl. Rechtslex. Art. Beischlaf, Blutschande, Concubinat[200a]), Kuppelei, Gotteslästerung). Zu denjenigen Verbrechen aber, bei denen auf besondere Verhältnisse des Verbrechers Rücksicht genommen wird, delicta propria, gehören: Verbrechen in besonderen nicht dienstlichen (ehelichen, verwandtschaftlichen und vormundschaftlichen) Verhältnissen (vgl. Rechtslexikon Art. Blutschande, Ehebruch, Doppelehe, Kinderabtreibung und -Aussetzung[200b])); ferner die Verbrechen in Civildienstverhältnissen (vgl. Rechtslex. Art. Amtsverbrechen, Prävarication) und schließlich die Militärverbrechen. (Siehe oben bei Note 185.) Nach den eigentlichen Verbrechen sind aber die

---

200a) Ueber die Sodomie vgl. oben bei Note 192.

200b) Auch die Kinder-, Gatten- und Verwandtentödtung gehört hierher. Vgl. Rechtslexikon Art. Tödtung. — Die Verbrechen der Vormünder werden von Manchen auch nicht unpassend unter die Verbrechen der Civildiener locirt. Uebrigens ergiebt sich die Wohlthat der Stellung auch der von Gatten und Verwandten als solchen begangenen Verbrechen unter den Gesichtspunkt der delicta propria z. B. in der Lehre von dem concursus plurium ad idem delictum. (Siehe oben.)

Vergehen, und zwar, als solche, die gefährlichen Handlungen (mit Einschluß der sog. culposen Verbrechen) und die Polizeivergehen (vgl. Rechtslexikon Art. Dardaneriat, Polizeivergehen) darzustellen. — Am schicklichsten hält man sich hierbei an irgend eine teutsche Territorialgesetzgebung [201]). Daß man hier die Legalordnung verläßt, versteht sich von selbst, weil ein Gesetzbuch und eine wissenschaftliche Darstellung (Lehrbuch oder Handbuch) zwei ganz verschiedene Dinge sind. Durch Commentare zu den Gesetzbüchern gewinnt die Wissenschaft in der Regel nicht viel [202]), dahingegen die bei der systematischen und wissenschaftlichen Darstellung befolgte Methode, wenn sie gut gewählt und durchgeführt wird, oft die dunkelsten Partien in helles Licht setzt [203]). „Die Gesetze oder Gesetzbücher sollen nicht wissenschaftliche Theorien, sondern die Resultate derselben enthalten; um aber diese Resultate gehörig zu begreifen und richtig anzuwenden, ist nothwendig, daß sie von der Wissenschaft auf die Theorie zurückgeführt und durch dieselbe beleuchtet werden. Auch wenn die Gesetzgebung durch willkürliche Festsetzung sich von den Aussprüchen der Strafrechtstheorie entfernt, ist es immer nothwendig, den Punkt zu kennen, von welchem sie ausging, und selten ist die legislative Willkür so organisch durchgeführt, daß man der vernunftrechtlichen Theorie überall nicht mehr bedürfte; vielmehr wird sie überall zu berücksichtigen sein, wo wir von den positiven Bestimmungen verlassen sind" [204]).

Die **gesetzlichen Folgen des Verbrechens** sind theils criminelle, theils nicht criminelle, namentlich polizeiliche und privatrechtliche oder bürgerliche. Zu jenen gehört die Criminaluntersuchung und die Strafe [204a]). Der Richter hat in jedem Falle, wo ein Verbrechen in Frage steht, zunächst zu untersuchen, ob ein solches begangen worden ist, sowie ob und wiefern derjenige, der desselben beschuldigt worden, des Verbrechens wirklich sich schuldig gemacht hat, und dann den für schuldig nicht befundenen Verbrecher loszusprechen, den schuldigen aber zu condemniren und nach Maßgabe seiner Schuld mit der im Gesetze (bald mehr, bald weniger bestimmt) vorgeschriebenen Strafe zu belegen [205]). Dies geschieht entweder im Anklageprocesse, processus accusatorius,

---

201) **Wächter**, gem. Recht Teutschlands S. 262.

202) Vgl. **Osenbrüggen**, Brandstiftung, Vorrede.

203) Vgl. **Köstlin**, Revision S. 10.

204) **Escher**, Betrug S. 84 flg.

204a) Ueber die **octo poenarum genera** in legibus vgl. **Augustinus**, de civit. Dei. XXI. c. 11. Sie sind damnum, vincula, verbera, talio, ignominia, exsilium, mors, servitus. Erhalten haben sich nur noch damnum, vincula u. mors; die übrigen hat die Cultur beseitigt.

205) Vgl. überh. **Stübel**, Criminalverfahren. **Müller**, Lehrbuch des Criminalprocesses. **Mittermaier**, das teutsche Strafverfahren. **Bauer**, Lehrbuch des Strafprocesses. **Abegg**, Lehrbuch des gem. teutschen Criminalprocesses. **Martin**, Lehrbuch des gem. teutschen Criminalprocesses, N. Archiv 1837.

oder im Untersuchungsprocesse, processus inquisitorius. (Vgl. hierüber sowie über die Strafe und deren verschiedene Arten Rechtslexikon Art. Anklageproceß, Inquisitionsproceß, Strafe [206].) Strafe kann nur da stattfinden, wo das Gesetz sie vorschreibt und erscheint nur dann gerecht, wenn sie den Schuldigen trifft [207]), das richtige Maß hält [208]) und das richterliche Erkenntniß nicht nur die Schuld, sondern auch dieses Maß feststellt [209]). Der Richter aber hat sich hierbei lediglich an das Gesetz zu halten und darf weder hinter ihm zurückbleiben, noch darüber hinausgehen; weder darf er seinem richterlichen Erkenntnisse einen Schiedsspruch substituiren, noch einen Vergleich der beim Verbrechen betheiligten Privaten über die Strafe annehmen, noch auch bei seinem eigenen Urtheile persönliche Interessen und Neigungen berücksichtigen. Beim unbestimmten Strafgesetze ist der Richter weniger gebunden als beim bestimmten; namentlich gewähren ihm bei ersterem die in einem bestimmten Minimum und Maximum gesetzten Grenzen oft einen sehr weiten Spielraum, innerhalb dessen er die Strafe den Umständen gemäß abmessen und abstufen darf. Hiernach darf er nicht nur, sondern er soll auch, wie bereits oben ausgeführt wurde, die Culpa (dafern solche nur überhaupt in dem Gesetze speciell als strafbar bezeichnet wird) gelinder als den Dolus, den Impetus gelinder als die Ueberlegung, den Versuch gelinder als die Vollendung, die bloße Beihilfe gelinder als die Urheberschaft und Anstiftung des Verbrechens bestrafen. Aber auch abgesehen hiervon wird dasselbe Verbrechen und dieselbe Verbrechensform in dem einen Falle härter, in dem anderen milder, soweit solches die gesetzlichen Schranken zulassen, zu bestrafen sein, je nachdem nicht nur die objective Bedeutung des Verbrechens, namentlich die Rücksicht auf die durch dasselbe verletzten Güter und Rechte, auf die Größe der dabei waltenden Gefahr und des dadurch angerichteten Schadens, auf die Verhältnisse

206) Vgl. noch Mittermaier, die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschworenengericht. 1845. Biener, über die neueren Vorschläge zur Verbesserung des Criminalverfahrens in Teutschland (in Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XII, Heft 1) vgl. mit Dessen Beitr. zu der Gesch. des Inquisitionsprocesses und der Geschworenengerichte. 1827.

207) Eine nur scheinbare Ausnahme kommt vor bei Geldstrafen, die auch nach dem Tode des Schuldigen von dessen Erben verlegt werden müssen. Siehe hierüber Rechtslexikon XI, S. 425.

208) Bei alternativen Strafen gehört zum Maßhalten die mit Rücksicht auf den Stand oder auf die sonstige Individualität des Verbrechers zu treffende Wahl.

209) Perspiciendum est iudicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit; nec enim aut severitatis aut clementiae gloria adfectanda est, sed perpenso iudicio, prout quaeque res expostulat, statuendum est. Plane in levioribus causis proniores ad lenitatem iudices esse debent, in gravioribus poenis severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi. Marcian. Dig. 48, 19. L. 11. pr. Vgl. Kress, ad C. C. C. praef. §. 26.: Hanc legem pluris fecerunt quam totam C. C. C.

der Zeit und des Ortes, sondern auch die Subjectivität des Verbrechers, insbesondre die Rücksicht auf die größere oder geringere Festigkeit und Bestimmtheit seines Willens, sowie auf die größere oder geringere Lebendigkeit des die That begleitenden oder ihr vorangegangenen Bewußtseins solches verlangt. Die neuere Terminologie spricht solchenfalls von Strafzumessungsgründen und theilt dieselben, je nachdem sie innerhalb der gesetzlichen Schranken auf einen das Medium der gesetzlichen Strafe[210]) übersteigenden oder noch nicht erreichenden Strafgrad hinführen, in Erhöhungs- und Minderungsgründe ein, so daß zu letzteren namentlich schlechter Unterricht und Verstandesschwäche, Ueberredung und Verführung, Mangel und Noth, günstige Gelegenheit, guter Leumund und daraus abzunehmende geringere Verdorbenheit, zu ersteren aber besondere Geflissenheit, besondere Bosheit, Grausamkeit, Rücksichtslosigkeit und Verschmitztheit sowie überhaupt jede das Gewöhnliche überschreitende Aufführung und Handlungsweise gehören würde. Neben diesen Gründen, welche die Strafbarkeit theils erhöhen, theils vermindern, giebt es aber auch noch solche Gründe, welche die Strafe ausnahmsweise theils erschweren, theils erleichtern und mildern und dieselbe bald über das gesetzliche Maximum steigern, bald unter das gesetzliche Minimum herabdrücken. Die neuere Terminologie unterscheidet desfalls zwischen Schärfungs- und Milderungsgründen, welche beide Arten wiederum generell und speciell sein können, je nachdem sie bei allen oder nur bei bestimmten einzelnen Verbrechen gesetzlich zugelassen werden[211]). Ob nach dem ehedem in Teutschland herrschenden gemeinen Rechte ein allgemeingiltiger Schärfungsgrund anzunehmen sei oder nicht, ist bestritten[212]). Im modernen Criminalrechte gilt allgemein der Rückfall dafür, d. h. der Fall, wo dasselbe Individuum, das schon einmal wegen eines Verbrechens (Rückfall im weiteren Sinne), namentlich aber wegen eines gleichen oder gleichartigen Verbrechens (Rückfall im engeren Sinne) bestraft worden ist, von neuem straffällig wird[213]). Der Rückfall im weiteren Sinne wirkt in der Regel nur als Straferhöhungsgrund innerhalb der gesetzlichen Strafgrenzen und nur der Rückfall im engeren Sinne stellt sich immer

210) Hepp, Commentar I, S. 744.

211) Verschieden davon sind die Straffschärfungen, d. h. die scharfen Attribute oder Zusätze, welche in gewissen Fällen dem regelmäßigen gesetzlichen Strafsatze nach besonderer gesetzlicher Vorschrift zugesetzt werden müssen und ihrer Natur nach keinen Gegensatz haben können.

212) Wächter, Lehrbuch §. 115, N. bb.

213) Vgl. überh. über den Rückfall A. Bauer, Abhandl. II, S. 99 flg. S. auch v. Schelhaß, im N. Archiv des CrR. II, S. 578 flg. Gesterding, das. V, S. 479 flg. Scheurln, das. XI, S. 648 flg. Abegg, das. 1834 S. 415 flg. — Hierher gehören namentlich die Bestimmungen über 2. u. 3. Diebstahl: C. C. C. 161 sq.; über Tumult und Aufruhr, „cum saepius seditiose et turbulente se gesserunt“. Callistratus, Dig. 48. 19. L. 28. §. 3.; über superexactiones, „si in iisdem sceleribus perseveret“: Arc. et Hon., Cod. X. 20. Vgl. auch RPO. 1530 I, §. 2.

als Strafschärfungsgrund dar. Die für diesen geforderte Gleichartigkeit der Verbrechen ist namentlich in Entwendungsfällen, in Betrugs- und Fälschungsfällen, in Gewaltfällen und in Unzuchtsfällen bei den dahin einschlagenden Verbrechen anzunehmen[214]), so zwar, daß auch Versuch und Vollendung, nicht aber culpose und vorsätzliche Uebertretung für gleichartig geachtet werden dürfen. Die Schärfung der Strafe des Rückfalles kann sowohl in den gesetzlich gestatteten Zusätzen, wie z. B. Dunkelarrest, Beschränkung der Kost u. dergl., als auch in Verlängerung der Strafzeit oder auch, wenn das gesetzliche Maximum nicht zureicht, in dem Uebergange zu der nächst höheren Strafart, z. B. von Gefängniß zu Arbeitshaus, von Arbeitshaus zu Zuchthaus — versteht sich mit genauer Beobachtung des Verhältnisses dieser Strafen zu einander oder der sog. **Strafparallelen** — (vgl. Rechtslex. X. S. 598 flg.) bestehen. Bei Zumessung dieser verschärften Strafe hat sich der Richter nach dem Leumunde des Verbrechers, namentlich nach dem von ihm seit der zuletzt verbüßten Strafe geführten Wandel, nach dem Grade der schon erlittenen Strafe und nach der Größe des zwischen dieser und dem neuen Verbrechen liegenden Zeitraumes zu richten. Fällt aber in diesen Zeitraum die Verjährung, so verliert hierdurch der Rückfall seine Eigenschaft als Schärfungsgrund gänzlich. — Unter den Strafmilderungsgründen sind hervorzuheben: das jugendliche Alter des Verbrechers, welches gemeinrechtlich nicht über das erfüllte 14. Lebensjahr erstreckt werden darf, nach Territorialgesetzen aber meistentheils weiter hinaus (bis zu erfülltem 16. 18. 20. und 21. Jahre) gerückt wird[215]); ferner das verdunkelte Bewußtsein und der Zustand von Verwirrung infolge melancholischer Stimmung oder wegen Ueberraschung, Schlaftrunkenheit, Verzweifelung, Schreck; auch heftige und krankhafte Gelüste (z. B. der Schwangeren), Taubstummheit, kindisches Wesen und andere Gebrechlichkeit; desgleichen collidirende Pflicht sowie Irrthum oder Unkenntniß des positiven Gesetzes, soweit die Strafbarkeit der Handlung dem Inculpaten nicht von selbst einleuchten mußte; nicht minder unverschuldeter Untersuchungsarrest[216]) und Mangel einer gewissen Eigenheit oder Richtung des im Gesetze bezeichneten Straffalles, welche der Gesetzgeber bei seiner Gesetzgebung präsumtiv vor Augen gehabt (mitigatio ex interpretatione legis)[217]). Das moderne Criminalrecht rechnet endlich auch bisweilen, wenigstens dann, wenn sie thätlich sich erwiesen hat, noch die Reue des Verbrechers hierher[218]). — **Strafverwan-**

---

214) Die verschiedenen positiven Gesetzgebungen haben meistens ihre eigenthümlichen, sehr von einander abweichenden, Kategorien. Vgl. **Häberlin**, Grundsätze §. 25, S. 99 flg.

215) **Häberlin** a. a. O. S. 104.

216) **Modestinus**, Dig. 48. 19. L. 25. pr.

217) **Heffter**, Lehrbuch §. 156. Vgl. **Tittmann**, Handb. §. 121 flg.

218) **Tittmann**, Handbuch §. 128 a. E. **Häberlin**, Grundsätze S. 105.

delung darf sich der Richter in der Regel nicht und jedenfalls nur dann erlauben, wenn die gesetzliche Strafart veraltet oder sonst „unbequem" ist[219]; wenn der Verbrecher gar nicht in der Lage ist, die Strafe, namentlich die Geldstrafe, zu verbüßen[220]; ingleichen wenn an dem Verbrecher vermöge seiner Individualität nach Duldung der gesetzlichen Strafe ganz andere Leiden und Erfolge, als vom Gesetzgeber beabsichtigt waren (z. B. nach der körperlichen Züchtigung Krankheit oder Tod) erzielt werden würden[221]. In solchen Fällen hat also der Richter eine der gesetzlichen Strafe womöglich gleiche zu wählen und weder zu schärfen noch zu mildern; obwohl, da völlige Gleichheit nicht wohl möglich, eher dieses als jenes. (S. oben Note 57.)

Die Strafe muß dem Inquisiten nach geschlossener Untersuchung[222], namentlich aber nach geführtem Beweis und zu Ende gediehenem Beweisverfahren (vgl. Rechtslexikon II. S. 170 ff. Art. Beweis in Strafsachen), sowie nach vorgängiger förmlicher Vertheidigung, defensio, (vgl. Rechtslexikon V. S. 495 ff. und den Art. Vertheidigung) mittels besonderen, gehörig zu publicirenden Strafurtheils (sententia criminalis) zuerkannt und nach eingetretener Rechtskraft dieses Erkenntnisses gesetzlich vollzogen oder exsequirt werden (exsecutio criminalis). Das Straferkenntniß, von welchem hier die Rede ist, steht als Endurtheil (sententia definitiva) dem Zwischenurtheile (sententia interlocutoria) entgegen, welches letztere bisweilen zu Vervollständigung der Untersuchung gegeben wird und genauere Erörterungen veranlaßt. Das Endurtheil ist bald verdammendes, bald lossprechendes Erkenntniß (condemnatoria v. absolutoria sententia), und letzteres involvirt wiederum entweder die Lossprechung von aller Criminalschuld (absolutio a causa) oder nur die Lossprechung von der bisher angestellten Untersuchung (absolutio ab instantia in Mangel mehreren oder hinlänglichen Verdachtes[223]), sodaß eine neue Untersuchung angestellt werden kann und muß, wenn in der Folge neue Anzeichen gegen den absolvirten Inculpaten sich ergeben. Das Erkenntniß giebt entweder der Untersuchungsrichter selbst, was in der Regel in nicht peinlichen Fällen geschieht, oder ein Spruchcollegium. Dieses erkennt in peinlichen Fällen auf vorgängigen, gewöhnlich mündlichen, seltener schriftlichen Vortrag des Referenten (relatio) in feierlicher Sitzung des in genügender Anzahl (wenigstens durch drei Mitglieder) vertretenen und abstimmenden Collegiums nach Stimmenmehrheit (ohne daß je Stimmeneinheit erforderlich wäre) und so, daß bei Spaltung des Collegiums in drei und mehr verschiedene Meinungen die sog. Combinationsmethode eine Majorität herbeiführt, da-

219) C. C. C. art. 104. 131.
220) C. C. C. art. 216.
221) Carpzov, Pract. qu. 143. nr. 40 sq. Heffter, Lehrbuch §. 158.
222) Heffter, Lehrbuch §. 680.
223) Die schottische Gerichtssprache bedient sich hier der Formel: not proven.

hingegen bei gleichen Stimmen die gelindere Meinung den Ausschlag giebt (calculus Minervae[224]). Das Erkenntniß ist mit Entscheidungsgründen gehörig zu unterstützen und mit ihnen[225]) dem Inculpaten zu publiciren, wozu nur deutliches Vorlesen und eine darüber gehörig zu den Untersuchungsacten gebrachte Publicationsregistratur (ohne weitere Solennitäten) gehören. Das so publicirte Erkenntniß geht entweder sofort, nachdem der Inculpat resp. sein durch das öffentliche Ministerium (Fiscal, Staatsanwalt ꝛc.) vertretener Gegner demselben sich unterworfen, oder nach Erledigung der dagegen von ihnen eingewendeten Rechtsmittel (anderweite Vertheidigung, Appellation, Nichtigkeitsbeschwerde) in Rechtskraft über; im Inquisitionsprocesse jedoch, wo der Inculpat keinen Gegner hat, wird das absolvirende Erkenntniß sofort mit der Publication rechtskräftig[226]). Das gewöhnliche Rechtsmittel ist im Inquisitionsprocesse die anderweite Defension, im Anklageprocesse die Appellation. (Vgl. Rechtslexikon Art. Appellation in Strafsachen.) Die Nichtigkeitsbeschwerde findet sowohl im Inquisitions- als im Accusationsprocesse statt und steht nicht nur den Parteien, sondern, da es sich um Aufrechthaltung von Recht und Gerechtigkeit handelt, jedem Staatsbürger überall da zu, wo, wie namentlich in Fällen, die eine Abweichung gar nicht gestatten, gleichwohl von der Rechtsregel, möge dieselbe nun Formalien oder Materialien betreffen, abgewichen, namentlich aber wenn gegen unstreitige Rechtsnormen, ingleichen gegen die Substantialien des Processes verstoßen worden ist und überhaupt feste, beim Verfahren oder beim Urtheile zu beobachtende Rechtsgrundsätze, mögen dieselben im geschriebenen Rechte oder in natürlicher Billigkeit und in der Vernunft ihre Grundlage haben[227]), verletzt wurden[228]). Schließlich gelangt das rechtskräftig gewordene Urtheil und die darin zuerkannte Strafe zur Vollstreckung oder Execution. War eine Strafe gar nicht zuerkannt worden, sondern die Sentenz eine absolutoria, so leidet die Vollziehung keinen Aufschub, und der Inculpat ist sofort in den vorigen Stand zu setzen[229]), namentlich also auch, wenn er eingesperrt

224) Aeschylus, Erinnyes. Plinius, Ep. VIII. 14. Tittmann, Handbuch §. 897. Geib, Archiv des CrR. 1839 Stück 1.

225) A. Bauer, Criminalproceß §. 236. A. M. ist Tittmann, Handb. §. 903.

226) Leyser, spec. 639. m. 7. Auch für den Accusationsproceß wird dies auf Grund des c. 6. X. de accus. bisweilen behauptet. Heffter, Lehrbuch §. 688.

227) R. E. GO. v. 1555 II, 28, §. 5.

228) Mittermaier, Strafverf. §. 197. Heffter, Lehrbuch §. 687. — Ueber die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen den Inculpaten vgl. Arnold, Gerichtssaal 1851 S. 471. Schwarze, Archiv des CrR. 1851 S. 554. Heffter, Lehrbuch §. 688.

229) Hierher gehört z. B. das Aufhören der Suspension vom Amte oder Dienste und die Rehabilitation.

war, der Haft zu entlassen und ihm auf Verlangen Abschrift des Urthels auszuhändigen. Wurde aber der Inculpat verurtheilt, so ist mit Vollstreckung der Strafe, abgesehen von der dem Inculpaten einzuräumenden (an das Decendium des Civilrechtes nicht gebundenen) Frist zur Einwendung und Ausführung eines Rechtsmittels, je nach den verschiedenen Strafarten, Verhältnissen der Inculpaten und sonstigen Umständen bald kürzere, bald längere Zeit Anstand zu nehmen und erst dann, wenn gar keine Hindernisse oder Bedenken weiter im Wege stehen, dazu zu verschreiten. Im allgemeinen gehören hierher, außer den eingewendeten Appellationen und sonstigen Rechtsmitteln alle Umstände, welche den Stand der Untersuchung, namentlich des Reatus der Inculpaten, ändern, z. B. entdeckte Mängel in den Beweisen, Widerruf des Geständnisses, Entdeckung mehrerer und größerer Verbrechen u. dgl. mehr. Für bestimmte einzelne Strafen giebt es aber auch noch besondere Aufschubsgründe; so namentlich Schwangerschaft, Wochenbett und Krankheit bei Zuchthaus-, Arbeitshaus- und Körperstrafen, Schwangerschaft und Wochenbett auch bei der Todesstrafe[230]). Ja es muß sogar jedes Todesurtheil, bevor an dessen Vollstreckung gedacht werden kann, vorher vom Landesherrn oder dessen Stellvertreter ausdrücklich bestätigt worden sein[231]). Und auch nach eingegangener Bestätigung sind dem Verurtheilten 3 Tage Frist zur Ordnung seiner bürgerlichen Geschäfte und zur Vorbereitung auf den Tod zu lassen[231a]). Am Richttage selbst wird das hochnothpeinliche Halsgericht gehegt und darin ein ganzer Anklageproceß in thunlichster Kürze durchgeführt resp. recapitulirt, hierauf der Stab über den Verurtheilten gebrochen und sodann die Execution an ihm durch den Scharfrichter vollzogen, schließlich auch der Leichnam des Hingerichteten auf dem Richtplatze begraben[232]) oder an ein anatomisches Theater abgeliefert[233]).

Durch Verbüßung der öffentlichen Strafe wird der Verbrecher dem Staate, d. h. der Staatsjustiz und ihren Behörden, gerecht und ist wegen desselben mit weiteren Strafen, namentlich auch mit Privatstrafen, zu verschonen. Denn „ne bis in idem"[234]) und „si actum sit publico iudicio denegandum est privatum"[235]). Dieselbe sühnende Kraft hat auch der Tod des Verbrechers (vgl. Rechtslexikon Art. Tod) und

---

230) Brissonius, sel. ex iure civ. antiquit. II. 20.

231) Theodos. II. et Valentinian. III. Cod. Theodos. IX. 41. c. un.

231a) Simon, Exercit. acad. II. 6. p. 211.

232) Kulpis, de iure circa cadavera punitorum. 1752.

233) Ueber die Execution anderer Strafen vgl. Tittmann, Handbuch §. 913.

234) Nahum, c. 1. V. 9. Can. Apost. c. 24. Sueton. Titius c. 8. et Ernesti ad h. l.

235) Paulus, Dig. 47. 10. L. 6. Jedoch bestehen beiderlei Strafen neben einander, wenn die Privatstrafe zugleich den Schadenersatz mit involvirt oder noch keine genügende vindicta enthält. Ulpian. Dig. 39. 4. L. 9. §. 5. Vgl. Schweppe, RPR. §. 141 a.

die (in der Regel zwanzigjährige, bei Fleischesverbrechen aber fünfjährige) Verjährung sowohl der Verbrechensuntersuchung als auch der bereits erkannten Strafe (vgl. Rechtslexikon Art. Verjährung), endlich auch die Amnestie oder Begnadigung (vgl. Rechtslexikon Art. Begnadigung)[236]). — Es giebt jedoch außer der Strafe nicht allein gewisse Nebenstrafübel, welche meist staatsrechtlicher und polizeilicher Natur sind, sondern auch noch verschiedene privatrechtliche und bürgerliche Folgen der Verbrechen, welche unabhängig von der Strafe bestehen.

Zu den Nebenstrafübeln, welche übrigens im Straferkenntnisse besonders mit auszudrücken sind, gehören außer

a) der, auch auf den Nachlaß — jedoch nur wenn der Inculpat schon verurtheilt starb[237]) — übergehenden Verbindlichkeit zur Abstattung der Proceß-, Vertheidigungs-, Urthels- und Executionskosten, welche bei allen Verbrechen ohne Ausnahme eintreten kann (vgl. Rechtslexikon VI. S. 207 flg.), noch verschiedene andere, theils durch die Natur des Verbrechens, theils durch die Persönlichkeit des Verbrechers bedingte Uebel, namentlich:

b) die Bekanntmachung des Strafurtheils und der verbüßten Strafe, jedoch nur in schweren Fällen[238]).

c) der Verfall und die Confiscation solcher Dinge, welche Werkzeuge, Gegenstände[239]) und Producte des Verbrechens waren; wie denn schon „Modestinus respondit, morte reae crimine extincto persecutionem eorum, quae scelera adquisita probari possunt, fisco competere posse“[240]). (Vgl. Rechtslexikon Art. Confiscation.)

d) die Stellung unter polizeiliche Aufsicht. Diese hat auf die Art und Weise, wie die Criminal- und Polizeibehörde auch nach dem Processe noch gegen den Inculpaten verfahren darf, bedeutenden Einfluß und giebt diesen Behörden namentlich das Recht, zu jeder Zeit in seiner Wohnung Haussuchung anzustellen.

e) die Landesverweisung, welche jedoch nach modernen

---

236) Bisweilen, namentlich bei festlichen Gelegenheiten, wird und wurde schon bei den Römern eine allgemeine Amnestie verkündigt, gewöhnlich jedoch mit Ausnahmen; wie z. B. bei den Römern „exceptis solitis quinque criminibus, indem Tödtung, Ehebruch, Majestätsverbrechen, Zauberei und Falschmünzerei von der Begnadigung (indulgentia, abolitio) ausgenommen zu sein pflegten. Valentin., Theodos. et Arcad. const. 7. 8. in Opp. ad Cod. Theodos. ed. Ritter. Tom. VI. p. VII. VIII.

237) Vgl. die Strafproceßordnungen für Baden §. ult., für Thüringen Art. 367.

238) Vgl. z. B. StGB. für Preußen 30., Hannover 31., Würtemberg 36., Darmstadt 30., Braunschweig 24. Oesterreich, Sachsen und Baden haben in ihren Strafgesetzbüchern keine gesetzlichen Bestimmungen dafür. In Sachsen steht es beim Justizminister, ob er die amtliche Veröffentlichung ergangener Erkenntnisse anordnen will oder nicht. StPO. Art. 428.

239) Dahin gehört z. B. auch das Thier, womit Inculpat Bestialität getrieben.

240) Modestin. Dig. 49. 14. L. 9.

Heimathsrechts- und Staatsangehörigkeitsgrundsätzen nicht bei Inländern anwendbar erscheint, sondern nur bei Ausländern vorkommen kann.

f) Die Intestabilität, d. h. der Verlust derjenigen Rechtsfähigkeit, welche dazu, um bei einem Testamente als Testirer oder als Honorirter oder als Zeuge vorkommen zu können, gehört — nach römischem Rechte war diese Fähigkeit allen Capitalverbrechern, Apostaten und Ketzern, Pasquillanten, Blutschändern und Zinswucherern entzogen[241]), nach heutigem gemeinteutschen Rechte aber verbleibt wenigstens das Recht der Testamentserrichtung allen diesen Verbrechern ungeschmälert[242]) — und die Infamie oder Ehrenschmälerung (bei den Römern als infamia mediata) wegen aller in einer lex iudiciorum publicorum mit Strafe bedrohten Verbrechen sowie wegen der Privatdelicte des Diebstahles und Raubes, der Injurie und des Betruges; ferner (als infamia immediata) wegen Bestechung zur Abwendung einer Privatdelictsklage, wegen Meineides bei beschworenem Vergleiche, wegen Wuchers, Ehebruches, Incestes, intempestiver Verehelichung und Wiederverehelichung[243]), Hurerei, Kuppelei, schimpflicher Lebensart, Verletzung der Richter- und Sachwalterpflicht ꝛc. — allemal mit der weiteren Folge des Verlustes der honores und des suffragium[244]). Die alte teutsche Ehrlosigkeit hingegen, d. h. die schimpfliche Ausstoßung aus dem Stande, dem man angehörte, mit der Wirkung der Rechtlosigkeit oder des Verlustes gewisser, die Würde eines freien Mannes begleitenden, Rechte, namentlich der Fähigkeit zum Richter-, Schöffen- und Fürsprecheramte, des gerichtlichen Zeugnisses, des Wehrgeldes und der Lehen, war nur Folge der gemeinen und schweren Verbrechen, welche zu Hals und Hand oder wenigstens zu Haut und Haar zu bestrafen waren. Die Ehrlosigkeit des heutigen Rechtes aber oder derjenige (der römischen Infamie im wesentlichen entsprechende[245]) Zustand geschmälerter bürgerlicher Ehre, welcher den Verlust des staats- und gemeindebürgerlichen Passivwahlrechtes (in manchen Ländern auch des activen Wahlrechtes), des Zunftrechtes, der öffentlichen Aemter und Titel, der Advocatur und des Notariates, des Adels, der Orden und Ehrenzeichen, der Lehenfähigkeit und des vollgiltigen Zeugnisses zur Folge hat, ist eine Wirkung theils gewisser (in der Regel nur doloser[246])) Verbrechen, theils gewisser Strafen und erscheint niemals als infamia immediata, ausgenommen

---

241) Schweppe-Mejer, RPR. §. 787.

242) Wächter, Archiv für civ. Pr. XVII, S. 420 flg. Hinsichtlich der Pasquillanten ist a. M. Vangerow, Lehrb. §. 428, Anm. Nr. III. Vgl. auch württemberg. Ges. betr. die privatrechtl. Wirkungen der Verbr. u. Str., v. 5. Octbr. 1839 Art. 3.

243) Bei Vormündern und ihren Söhnen, ingleichen bei der trauernden Witwe.

244) Vgl. Luden, im Rechtslexikon Bd. III, S. 615 flg.

245) Heffter, Lehrbuch §. 175.

246) Heffter, Lehrbuch §. 175.

etwa den Fall des muthwilligen Bankerottes [247]). Meistentheils gilt die Zuchthausstrafe für eine solche entehrende Strafe, während zu den entehrenden Verbrechen nach einer im Volke tief wurzelnden Ansicht namentlich Diebstahl, Fälschung und Betrug, nebst den ihnen gleichstehenden oder gleichartigen Verbrechen gehören. Diese Verbrechen werden daher auch — neben den groben Amtsverbrechen (Verletzung der Amtspflicht auf vorgängige Bestechung, Erschleichung des Amtes durch Geschenke, Erpressung eines Vortheiles unter dem Vorwande amtlicher Befugnisse, Veruntreuung eines ex officio zu verwaltenden öffentlichen oder Privatvermögens) den Verbrechen gegen den Staat und allen mit härterer als bloßer Gefängnißstrafe bedrohten Verbrechen — da genannt, wo von der Amts- oder Dienstentsetzung eines deshalb wirklich in Strafe verfallenen Staatsdieners die Rede ist, während bloße Amts- oder Dienstentlassung verhängt zu werden pflegt, wenn der Angestellte wegen dieser Verbrechen nur im Mangel mehreren Verdachtes oder gegen Leistung eines Reinigungseides freigesprochen, ingleichen wenn gegen denselben wegen irgend eines Vergehens, das ihm die öffentliche Achtung entzieht, mindestens unbedingt auf Gefängnißstrafe erkannt worden ist [248]).

Unter den privatrechtlichen oder bürgerlichen Wirkungen des Verbrechens zeichnen sich folgende aus:

1) Die Ungiltigkeit und Effectlosigkeit der vom Verbrecher, als solchem, getroffenen Verfügungen und sich zu Schulden gebrachten Handlungen, also namentlich aller Gewaltthaten und Erpressungen, aller Fälschungen und Betrügereien, aller gesetzwidrig geschlossenen Ehen (Zwangsehe, incestuose Ehe, Doppelehe), aller durch Hochverrath, Landesverrath, Aufruhr, Bestechung, Ambitus u. s. w. veranlaßten Staatseinrichtungen, Gesetze, Verordnungen, Anstellungen, Wahlen u. s. w. Auch das vom bestochenen Richter gefällte Urtheil (sententia venalis) ist ungiltig [249]). Denn „cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem quae sequuntur, locum habent“ [250]). Und ebensowenig darf derjenige, der auf verbrecherischem Wege zum Besitze einer Sache oder zur Ausübung eines Rechtes gelangt ist, gerichtlichen Schutz dieses Besitzes oder dieser Rechtsausübung erwarten, weil „nemo de improbitate sua consequitur actionem“ [251]).

2) Die Verwirkung der durch das Verbrechen gemißbrauchten und verunglimpften Rechte: „ut in eo puniantur, in quo delique-

---

247) RPO. v. 1577 XXIII, §. 2.

248) Vgl. z. B. das kgl. sächs. Staatsdienergesetz v. 7. März 1835. Siehe ferner Rechtslexikon Art. Amtsverbrechen. v. Jagemann, über bürgerl. Ehre im Verh. z. Strafges. Archiv des CrR. 1838 S. 248, 372. v. Wiek, Ehrenfolge der Verbrechen, ebend. 1851 S. 1.

249) Diocletian. et Maximian. Cod. VII. 64. c. 7.

250) Paulus, Dig. 50. 17. L. 178.

251) Ulpian. Dig. 47. 2. L. 12. §. 1.

rint" [252]). Hierher gehören, außer dem schon oben erwähnten Verluste der im gemißbrauchten Amte, Dienste ꝛc. enthaltenen Amts- und Ehrenrechte, insbesondre noch:

a) die Verwirkung des Streitgegenstandes oder streitigen Rechtes (Sachfälligkeit) bei Bestechung des Richters oder gegnerischen Sachwalters [253]);

b) die Verwirkung des Besitzes wegen betrügerischen Ableugnens desselben [254]);

c) die Verwirkung der Forderung, nach dem decretum D. Marci, bei gesetzwidriger Selbsthilfe [255]);

d) die Verwirkung der Patronats-, Stimm- und Wahlrechte bei verbrecherischem Mißbrauche derselben [256]);

e) die Verwirkung der väterlichen Gewalt

aa) wegen haeresis und apostasia, d. h. Uebertritt zu einer im Staate verbotenen Religionsgesellschaft [257]);

bb) wegen Aussetzung, verweigerter Alimentation und sonstiger Desertion des eigenen Kindes: nec enim suum dicere poterit, quem pereuntem contemsit [258]);

cc) wegen Prostitution der eigenen Tochter [259]);

dd) wegen anderweiter Ehe, wenn dieselbe blutschänderisch: denn der Incest und namentlich die nuptiae incestuosae et nefariae sowie überhaupt alles contra naturam amare und amare ultra terminum traditum nobis a natura soll außer der Strafe (confiscatio, cinguli privatio et exilium, resp. corporis verberatio) auch noch die Wirkung haben, daß die vom Incestuosus in früherer legitimer Ehe erzeugten Kinder sui iuris werden und die successio paterna anticipiren, jedoch, dieses Wegfalles der väterlichen Gewalt ungeachtet, die Verbindlichkeit zur Ernährung ihres Vaters behalten. Nam licet legum contemtor et impius sit, tamen pater est [260]).

f) Die Verwirkung der Kindesrechte für den Fall, wo die Kinder lieblos genug waren, ihre Eltern zu verrathen und letztere deshalb be-

---

252) Fridericus II., in const. de statutis §. 10. (Auth. Omnes peregrini in Cod. VI. 59.)

253) Antoninus, in Cod. VII. 49. c. 1.: amittat actionem is, qui diffidentia iusta sententiae in pecuniae corruptelam spem negotii reposuerit.

254) Furius Anthianus, in Dig. 6. 1. L. ult.

255) Callistratus, Dig. 48. 7. L. 7.

256) C. F. Hommel, Epitome iur. sacri c. 42. §. 4. L. Menken, ad Pand. 48. 14. p. 866.

257) C. 2. §. 4. in VI. de haeret. (5. 2.). Seitdem jedoch Ketzerei und Apostasie keine Verbrechen mehr sind, ist dieser Fall unpraktisch.

258) Valentinian. Valens et Gratian. in Cod. VIII. 52. c. 2., cf. c. un. X. de inf. expos.

259) Theodos. et Valentin. Cod. XI. 40. c. 6.

260) Iustinian. Nov. XII. c. 2.

rechtigt werden, von solchen Kindern sich loszusagen, ihnen die Alimente zu verweigern und sie zu enterben[261]).

g) Die Verwirkung der ehelichen Rechte. Es kommen hier theils Annullations-, theils Scheidungsgründe in Betracht. Zu jenen gehören die Nöthigung zur Ehe (Zwangsehe), die Eingehung einer incestuosen Ehe und die Bigamie; zu diesen gehören der Ehebruch, die bösliche Verlassung, Mord- oder Todtschlagsversuche (insidiae vitae structae), lebensgefährliche Mißhandlungen und Körperverletzungen, Abtreibung der Leibesfrucht und jedes Verbrechen, welches langwierige Freiheitsstrafe nach sich zieht[262]). Ebenso können aber auch das Recht zur Heurath oder zum Erwerbe ehelicher Rechte in bestimmten Fällen und gegen bestimmte Personen durch Verbrechen verwirkt werden; namentlich stellen sich desfalls als Ehehindernisse dar die Entführung wider Willen theils der Entführten theils ihrer Eltern, „quia nullo modo nulloque tempore datur a nostra serenitate licentia eis consentire, qui hostili more in nostra republica matrimonia student sibi coniungere[263])“, und der Ehebruch, wenn der Ehebrecher dem vorigen Gatten nach dem Leben getrachtet oder noch bei seinem Leben der Ehebrecherin die Ehe versprochen hatte[264]).

h) Die Verwirkung des Erbrechtes, und zwar:

aa) die Successionsunfähigkeit im allgemeinen wegen

α) Capitalverbrechen und Verurtheilung zu Capitalstrafe[265]);

β) wegen Ketzerei und Apostasie[266]);

γ) wegen unmittelbarer Abstammung von Hochverräthern (nach altrömischer, auf dem Erfahrungssatze beruhender, Sitte, daß politische Gesinnungen sich regelmäßig in einer Familie forterben, damit den Söhnen und Töchtern dieser Verbrecher „perpetua egestate sordentibus sit et mors solatium et vita supplicium.“ Nur den Töchtern soll aus dem Vermögen ihrer Mutter eine Falcidia zufallen[267]);

δ) wegen incestuoser Ehe, indem die so Verbundenen einander nicht beerben dürfen und auch die daraus hervorgehenden Kinder sowie alle Verwandte, die zu der Ehe riethen, von aller Succession in den Nachlaß der fraglichen Ehegatten ausgeschlossen sein sollen[268]).

bb) Die Indignität, wegen

---

261) Ulpian. Dig. 25. 3. L. 5. §. 11. Vgl. auch unten lit. h. cc.

262) Wiese, Grundsätze des Kirchenrechtes §. 424.

263) Iustinian. Cod. IX. 13. c. un. §. 1., cf. c. un. X. de raptu.

264) Iustinian. Nov. 134. c. 12., cf. c. 6. X. de eo qui dux. in matrim.

265) Weil nämlich der Verurtheilte Sclave oder Peregrine wurde: Antoninus, Cod. VI. 24. c. 1. Mit dem Wegfalle dieses Grundes erscheint dieser Fall heutzutage unpraktisch. Vangerow, Lehrb. §. 404, Anmerk.

266) Theodos. et Valentinian. Cod. I. 5. c. 5. Aus dem schon oben bei Note 257 angegebenen Grunde heutzutage unpraktisch.

267) Arcadius et Honorius, Cod. IX. 8. c. 5. (lex quisquis, lex terribilis). Aurea Bulla, c. XXIV. Abegg, N. Archiv des CrR. VII, Nr. 7. Vangerow, Lehrbuch §. 404.

268) Arcadius et Honorius, Cod. V. 5. c. 6. Es fragt sich jedoch sehr,

α) zwangsweiser Abhaltung des Erblassers von Errichtung oder Aenderung seines letzten Willens, resp. wegen Nöthigung desselben dazu. In diesem Falle hat der Fiscus das Recht, dem Erpresser oder Nöthiger das als Erbschaft oder Vermächtniß Gewonnene wieder zu entreißen[269]).

β) wegen culposer sowohl als doloser Tödtung des Erblassers, in welchem Falle die Erbschaft oder das Vermächtniß eben auch dem Fiscus herauszugeben ist[270]);

γ) wegen incestuoser oder von Ehebrechern geschlossener und jeder anderen verbotenen Ehe, wo der eine Ehegatte Alles, was ihm der andere auf den Todesfall hinterlassen hat, ebenfalls dem Fiscus herausgeben muß[271]);

δ) wegen verbotenen außerehelichen Geschlechtsverhältnisses; welchenfalls die Frau Alles, was ihr der Mann verläßt, an den Fiscus verliert[272]). Ferner fällt

ε) die Quarta Falcidia an den Fiscus, wenn der Erbe, um den Legatar um sein Vermächtniß zu bringen, Erbschaftssachen verheimlicht[273]) und ebenso

ϑ) nimmt der Fiscus den dem untergeschobenen Sohne zugedachten Erbtheil in Anspruch[274]);

η) wegen Desertion und strafbarer Vernachlässigung eines Wahnsinnigen von Seiten seiner nächsten, obwohl zur Hilfeleistung aufgeforderten, Verwandten und Erben verlieren dieselben ihr Erbrecht zu Gunsten seines Pflegers[275]), und Geschwister, welche dem Erblasser nach dem Leben trachteten oder ihn seines Vermögens zu berauben suchten, sollen zu Gunsten anderer Intestaterben von der Intestatsuccession ausgeschlossen sein[276]);

ι) wegen der Entwendung einer Sache aus der Erbschaft verliert der Legatar, der sich dieser Entwendung schuldig machte, den Anspruch auf den entwendeten Gegenstand und der onerirte Erbe behält denselben inne[277]); endlich

---

ob diese Bestimmung nicht durch die oben erwähnte Nov. 12. c. 2. alterirt worden sei. Wächter, Archiv f. civ. Praxis XVII, S. 434 flg. Vangerow, Lehrbuch §. 404, Anm. Nr. 6.

269) Paulus, Dig. 34. 9. L. 19. und hierzu Vangerow, Lehrb. §. 431, Anm. 1, Nr. 1 u. 2.

270) Paulus, Dig. 48. 20. L. 7. §. 4. Marcian. Dig. 34. 9. L. 3. Vgl. Preuß. allgem. Landr. I, 9, §. 599 flg. Andere Rechte verlangen desfalls dolose Tödtung: Allgem. bürgerl. Gesetzbuch für Oesterreich §. 540. Sächs. Mand. v. 29. Jan. 1829 §. 104.

271) Valentin. Theodos. et Arcad. Cod. V. 5. c. 4. Papinian. Dig. 34. 9. L. 13.

272) Tryphonin. Dig. 29. 1. L. 41. §. 1.

273) Marcellus, Dig. 34. 9. L. 6.

274) Hermogenianus, Dig. 49. 14. L. 46. pr.

275) Iustinian. Nov. 115. c. 3. §. 12.

276) Iustinian. Nov. 22. c. 47. pr.

277) Antoninus, Cod. VI. 37. c. 5.

κ) wegen Verheimlichung des Testamentes verliert der Legatar das darin ihm ausgesetzte Vermächtniß, ebenfalls zu Gunsten des Onerirten: ut qui alii nocendum esse existimavit, ipse suam sentiat iacturam [278]).

cc) Verlust oder Beschränkung des testamentarischen Erbrechtes in specie ist heutzutage nicht weiter unter den Folgen eines Verbrechens, namentlich auch nicht des Concubinates, zu erwähnen, da die nach römischem Rechte zugleich mit ihrer Mutter auf ein Zwölftel des Nachlasses zu beschränken gewesenen Concubinenkinder im römischen Sinne des Wortes gar nicht mehr vorkommen können [279]); wohl aber ist der Verlust des Notherbenrechtes oder des Erbzwanges und Pflichttheiles als rechtliche Folge mehrerer Verbrechen auch jetzt noch in Betracht zu ziehen. Namentlich kommt er vor bei Descendenten gegenüber den sie enterbenden Adscendenten wegen Real- und schwerer Verbalinjurien, wegen Lebensnachstellungen, wegen der (bei den Römern aus dem Gesichtspunkte des Falsum betrachteten) Verhinderung des Erblassers an der Errichtung oder Aenderung eines letzten Willens, wegen Verlassung und Vernachlässigung des blödsinnig gewordenen, aber wieder genesenen Adscendenten, wegen sich zu Schulden gebrachter (der Desertion und Aussetzung gleichstehender) Unterlassung der Auslösung aus feindlicher Gefangenschaft, wegen Ketzerei und Apostasie [280]). Ferner bei Adscendenten gegenüber den sie enterbenden Descendenten wegen Lebensnachstellungen, wegen verhinderter Testamentserrichtung, wegen unterlassener Auslösung aus feindlicher Gefangenschaft, wegen Vernachlässigung der blödsinnig gewordenen, aber wieder genesenen Descendenten, wegen Ketzerei und Apostasie [281]) und schließlich deshalb, weil die Eltern sich gegenseitig nach dem Leben trachteten [282]).

dd) Verlust des Intestaterbrechtes in allen Fällen verwirkter väterlicher Gewalt und Kindesrechte (s. oben), sowie, was Geschwister anlangt, wenn sie den Erblasser peinlich angeklagt oder ihm nach dem Leben getrachtet oder auch sein Vermögen ihm zu entziehen versucht hatten [283]).

i) Die Verwirkung des Eigenthumsrechtes, welches der Fund gewährt, bei der Fundhehlerei, zu Gunsten der Obrigkeit: denn wer wegen Verheimlichung des Fundes Strafe verwirkt, der kann natürlich auf Belohnung und praemium inventionis keinen Anspruch haben. Des-

---

278) Iustinian. Cod. VI. 37. c. 25.

279) Vangerow, Lehrbuch §. 429, Anm. 2. — Auch die Pasquillanten gehören nicht hierher, da dieselben zwar intestabiles sein sollen (Arcadius Charisius, Dig. 22. 5. L. 21. pr. ict. Gaius, Dig. 28. 1. L. 26.), diese ihre Intestabilität aber keinen Einfluß auf die testamenti factio passiva hat. Vangerow a. a. O.

280) Vgl. jedoch Note 257. Hierzu kommt noch die Criminalanzeige und gerichtliche Denunciation, wodurch der Adscendent beträchtlichen Schaden erlitten. Iustinian. Nov. 115. c. 3. S. auch oben lit. f.

281) Vgl. jedoch Note 257.

282) Auch wegen Criminalanzeige. Iustinian. Nov. 115. c. 4.

283) Iustinian. Nov. 22. c. 47. pr.

gleichen Verwirkung des Eigenthums wegen eigenmächtiger Geltendmachung desselben[284]), namentlich auch dann, wenn in einem Grenzstreite Kläger vor eingetretener Rechtskraft des Definitivurthels das streitige Plus eigenmächtig occupirte, Verlust desselben und der gleichen Quantität eigenen unbestrittenen Landes[285]).

3) Die Verbindlichkeit zur Rückgabe und Wiedererstattung alles widerrechtlich Occupirten und Entzogenen, sowie

4) die Verbindlichkeit zum Ersatze aller Schäden und zur Gewährung völliger Genugthuung wegen aller aus dem sowohl culposen als dolosen Delicte resultirenden nachtheiligen Folgen: obligatio ex delicto[286]), welche nicht blos bei solchen Verbrechen, durch die dem Anderen sein Vermögen entzogen, geschmälert oder beschädigt wurde, sondern auch bei Verbrechen, die gegen das Leben, die Integrität der Geistes- und Körperkräfte sowie gegen die Ehre gerichtet sind, ingleichen bei delicta publica und carnis, Platz ergreift. Auch ist Entschädigung nicht nur dem durch das Verbrechen Beschädigten, dem sog. Damnificaten, resp. seinen Angehörigen und Erben, sondern auch demjenigen, der durch die Verbrechensuntersuchung gelitten hat, beeinträchtigt und verunglimpft worden ist, also dem hinterher unschuldig befundenen und freigesprochenen Inculpaten, zu gewähren. Die Verbindlichkeit zu der dem Letzteren zu gewährenden Genugthuung liegt in der Regel dem Untersuchungsrichter, bisweilen aber auch dem Ankläger, namentlich wenn er als falscher Denunciant zu betrachten ist, ob[287]). Die Art und Weise, ingleichen die Höhe der Genugthuung, ist, wo sie nicht gesetzlich bestimmt und normirt worden, nach billigem Ermessen festzustellen[288]) und nicht nur auf Vergeltung

---

284) Valentin. Theodos. et Arcad., Cod. VIII. 4.

285) Constantinus, Cod. III. 39. c. 4. — Ueber Verwirkung von Rechten wegen begangener Verbrechen nach preußischem Rechte vgl. Daniels, Lehrbuch II. 143, S. 79 (Verwirkung der väterlichen Gewalt); III. 53, S. 44 flg. (Verwirkung des Pflichttheiles); III. 89, S. 69 (Verwirkung des gesetzlichen und testamentarischen Erbrechtes sowie der Vermächtnisse); III. 22, S. 21 (Verwirkung der testamenti factio passiva).

286) Vgl. überhaupt: Kleinschrod, Abhandl. aus dem peinl. Rechte u. peinl. Processe Th. III, Abth. 2, Nr. 14 (von dem Ersatze des durch das Verbrechen gestifteten Schadens nach der Natur der Sache und dem positiven Rechte). Tittmann, Handbuch §. 139 flg. Gioja, dell' ingiuria, dei danni, del soddisfacimento e relativi basi di stima avanti i tribunali civili. T. I. II. Milano 1821. (Vgl. hierüber Mittermaier, im Archiv des CrR. 1826 S. 716 flg.)

287) C. C. C. art. 12. 218. Kress, ad art. 218. p. 789.

288) A. M. ist Tittmann, Handbuch §. 140, welcher glaubt, daß nur nach Territorialgesetzen eine Verbindlichkeit zur Entschädigung des unschuldig Inhaftirten anzunehmen, gemeinrechtlich aber davon keine Rede sei. Da jedoch auch gemeinrechtlich die Incarceration Unschuldiger strafbar ist (Theodosius M., Cod. IX. 4. c. 5.) und solche mindestens als Ehrenkränkung in Betracht gezogen werden soll (C. C. C. art. 218. „dadurch der Angegriffene an seiner Ehre Nachtheil erleidet"), nun aber ein solches Verbrechen, wie andere dergleichen, nicht nur criminalrechtliche, sondern auch privatrechtliche Folgen nach sich zieht,

der durch die gefängliche Haft herbeigeführten Freiheitsverletzung und Beeinträchtigung zu beschränken[289]), sondern auch auf Vergütung der dadurch verursachten Versäumnisse und übrigen erweislichen Schäden auszudehnen.

Sowohl die Wiederherstellung des entzogenen Gutes, als der Schadenersatz darf nicht nur von den Erben des Damnificaten gefordert, sondern muß auch von den Erben des Inculpaten, wenigstens soweit die Erbschaft reicht[290]), gewährt werden. Auch die erlittene Strafe ändert an der desfallsigen Verbindlichkeit nichts[291]), und eine besondere Klage deshalb gegen den Verbrecher oder seine Erben anzustellen, haben Damnificat und dessen Erben nicht nöthig. Doch ist nur für die Wiederherstellung des Entzogenen, nicht auch für den Schadenersatz der Richter von Amtswegen zu sorgen verbunden; es genügt aber bei der Ent-

---

so ist nicht abzusehen, warum nur im Anklageprocesse der vorschnelle Ankläger (C. C. C. art. 12.) und nicht auch im Untersuchungsprocesse der vorschnelle Inquirent „dem Beklagtem umb seine zugefügte schmache und schaden abtrag thun" soll. Kress l. c.

289) In Sachsen ist desfalls die sog. Sachsenbuße üblich. Glosse zum Sachsensp. II, 34. Haubold, Lehrbuch §. 302. Hiernach beträgt die Buße für Tag und Nacht 30 Schillingspfennige oder für jeden Tag und jede Nacht 40 Groschen.

290) Nach römischem Rechte nur soweit sie locupletiores facti erant. Ulpian. Dig. 9. 2. L. 23. §. 8. Vgl. Cod. tit. ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur. Anders nach kanonischem Rechte (cap. 28. X. V. 39.), nach der RCGO. v. 1555 II, 9, §. 6 und nach heutigem Gerichtsbrauche. Savigny, System Bd. V. S. 51. Vgl. Höpfner, Commentar §. 1193. Kleinschrod, Abhandl. III, S. 354 flg.

291) Heimbach sen., Rechtslex. IX, S. 641. Die Parömie „mit dem Halse bezahlt man Alles" und „mit dem Tode rettet man dem Richter und büßt dem Kläger" sind oft so, als hebe die erlittene Todesstrafe auch die Ersatzverbindlichkeit auf, mißverstanden worden, da sie doch weiter nichts sagen sollen und wollen, als daß neben der öffentlichen Strafe nicht auch noch eine Privatstrafe zu verbüßen sei. U. Huber, Praef. ad Pand. 47. 2. §. 6. Eisenhart, teutsches Recht in Sprüchwörtern V, Nr. 36, §. 2. (Vgl. jedoch noch über das Wehrgeld den weiter unten N. 342 citirten J. Weiske.) Ob Privatstrafen und die darauf gerichteten Pönalklagen überhaupt in Teutschland für unstatthaft zu achten seien, ist zwar von Einigen bejaht (Böhmer, de actionib. I. 3. §. 11. Schmidt, von Klagen und Einreden §. 44), von Anderen aber (Weber, Versuche I, Nr. 23. Thibaut, Pandekten Ed. VII. §. 66 und dazu Braun, S. 79) verneint worden. Freilich cessirt die actio poenalis nicht nur dann, wenn der Verbrecher in die öffentliche Strafe bereits verfallen (Paulus, Dig. 47. 10. L. 6.), sondern auch wenn er todt ist, da sie gegen die Erben des Beklagten nicht stattfindet. Dennoch aber müßte man auch heutzutage noch an die Einklagung der Privatstrafe mittelst der actio poenalis gehen können, wenn die öffentliche Strafe verjährt ist. Wo jedoch mit Einführung neuer Criminalgesetzbücher die bisher bestandenen gesetzlichen Bestimmungen über Bestrafung der Verbrechen für aufgehoben und ungiltig erklärt worden sind, da kann allerdings von Privatstrafen, als Ueberbleibseln eines Strafsystems, welches eben aufgehoben worden ist und dem modernen (einem jeden Verbrechen den öffentlichen Charakter aufdrückenden) Criminalrechte Platz gemacht hat, nicht weiter die Rede sein.

schädigungsforderung jedes einfach zu Protocoll erklärte Anbringen[292]). Beiderlei Ansprüche gehen übrigens den Ansprüchen des Richters wegen der Geldstrafen und Kosten, auch den Ansprüchen des Defensors wegen der Vertheidigungskosten, vor[293]). Die Rückgabe und Wiedererstattung in specie des Entwendeten unterliegt keiner Verjährung[294]), das anderweit verbrecherisch Entzogene aber verjährt binnen 30 Jahren[295]). — Die Vergütung der durch das Verbrechen verursachten Schäden und Nachtheile ist entweder Schadenersatz in specie oder Genugthuung in specie, je nachdem die Vergütung wegen einer Vermögensentziehung oder wegen einer anderen Verletzung und Kränkung zu gewähren ist[296]). Zu den vom Verbrecher zu gewährenden Entschädigungsposten gehören daher auch die alimenta ex delicto, die ebenso wie alimenta ex testamento und ex conventione nicht nur für die Zukunft eingeklagt, sondern auch auf die Vergangenheit (alimenta praeterita) nachgefordert werden dürfen[297]). — Bei allen diesen privatrechtlichen Ansprüchen findet im Falle einer Mehrheit verbrecherischer Genossen, ohne Unterschied zwischen dolosen und culposen Theilnehmern, zwischen physischen und intellectuellen Urhebern, zwischen Thätern und Helfern, solidarische Verbindlichkeit statt[298]), so zwar, daß der culpose Genosse nach geleistetem Ersatze seinen Rückanspruch an die Mitgenossen nehmen mag, was den dolosen Genossen wegen der schlechten Sache, die sie vertreten, nicht zugestanden werden kann[299]). Denn dolus dolo compensatur und dolose Verbrecher können sich untereinander auf Schadenersatz nicht verklagen[300]). — Außer den Erben und Mitschuldigen ist in der Regel Niemand aus dem Verbrechen eines Anderen gehalten; nur die Chefs und Mitglieder der Collegien und Corporationen werden bisweilen als Principale und Mandanten wegen der Delicte ihrer Deputirten und Subalternen[301]), ingleichen die Obrigkeiten und

---

292) Tittmann, Handbuch §. 141.

293) C. C. C. art. 157. Winkler, Opp. I. p. 170. Tittmann, Handbuch §. 138. Erhard, Betrachtungen über Leopold's des Weisen Gesetzgebung in Toscana, 1791, S. 236. (Vgl. auch S. 85.)

294) Iustinian. Inst. II. 6. §. 3. C. C. C. art. 209.

295) Koch, de praescr. r. i. i. 1784.

296) Tittmann, Handbuch §. 139.

297) Gottschalk, discept. for. III. Roux, in der sächs. Zeitschrift I, S. 130 flg.

298) Tittmann, Handbuch §. 141. Heimbach sen., Rechtslex. IX, S. 637. Andere lassen die Gehilfen nur subsidiarisch haften. Kleinschrod, Abhandl. III, 2, Nr. XIV, §. 7 flg. Roux, sächs. Zeitschrift I, S. 116 flg. Becker, de oblig. corr. ex del. §. 2 sq. nimmt an, daß dolose Miturheber absolute Correalverbindlichkeit haben, wenn aber dolose und culpose zusammentreffen, der dolose zuerst, der culpose aber in subsidium verbindlich sei.

299) Tittmann, Handbuch §. 141.

300) Kleinschrod a. a. O. §. 11.

301) Kori, Erörterungen II, Nr. 3. Ueber das preußische Recht vgl. Daniels, Lehrbuch Bd. VII, §. 19. (Th. IV, S. 14 flg.) So hat z. B. der

Gemeinden wegen der durch tumultuirende Mitglieder der Gemeinden (s. unten) verursachten Schäden in Anspruch genommen. Die Klage, die dem Beschädigten, resp. seinen Erben, gegen den Inculpaten oder dessen Erben zusteht, ist meistentheils die actio legis Aquiliae oder actio in factum [302]). Sie kann nicht nur vom Beschädigten oder Gekränkten selbst und dessen Erben, sondern auch von anderen gesetzlichen Repräsentanten, namentlich von Eltern und Vormündern für die Kinder, vom Ehemanne für die Ehefrau, vom Ueberlebenden für Verstorbene, wenn sie nahe verwandt waren, erhoben werden. Ist die Forderung eines Schadenersatzes gegründet, so erstreckt sich derselbe auf die ganze, mit dem Momente der schädlichen Handlung ihren Anfang nehmende Zeit [303]); und obgleich dem Kläger ein gesetzliches Unterpfand an den Gütern des Damnificanten nicht zusteht, so darf er doch Sequestration und Caution verlangen und an letztere, wie an die sequestrirten Güter, wegen seiner Ersatzansprüche sich halten [304]). Andererseits kann aber auch wiederum der in Anspruch genommene Damnificant dem Anspruche des Damnificaten Gegenansprüche opponiren. Es giebt daher auch eine Compensation der Privatansprüche bei gegenseitigen Delicten, namentlich der Ansprüche auf Privatsatisfaction bei gegenseitigen Injurien, auf Ehescheidung bei gegenseitigem Ehebruche, auf Entschädigung und Ersatz bei gegenseitigen Eigenthumsverbrechen [305]). Ebenso können die Parteien über diese Ansprüche sich vergleichen, was übrigens auch über das Verbrechen selbst geschehen mag, wenn letzteres (freilich gegen das Princip des Criminalrechtes) wie ein der Privatdisposition anheim gegebener Gegenstand in den Gesetzen behandelt wird und demnach nur auf Anzeige und Anklage von Seiten des Verletzten und Gekränkten zur Erörterung kommt, der Beleidigte aber unter gewissen Bedingungen und vom Damnificaten ihm gemachten Zugeständnissen von aller Anklage und Anzeige absteht oder selbige widerruft und zurücknimmt. — Der Proceß, in welchem dergleichen Ansprüche geltend gemacht, verglichen und entschieden werden, ist entweder der Criminalproceß, wenn das Criminalgericht im Laufe der Untersuchung auch die privatrechtlichen Ansprüche des Damnificaten zur Liquidität brachte und im Erkenntnisse mit berücksichtigte, oder der Civilproceß mit dem durch das Verbrechen begründeten forum delicti commissi [306]), wenn der Criminalrichter den Damnificaten zu besonderer Ausführung seiner

---

Gerichtsherr seinen Gerichtshalter, der Beamte seinen Privatsecretär zu vertreten.

302) Heimbach sen., Rechtslex. IX, S. 630 flg. Weitere Klagen sind die condictiones indebiti, ob turpem causam, ob iniustam causam; ferner die condictio furtiva und actio furti, das interdictum unde vi und fraudatorium, die actio vi bonorum raptorum, iniuriarum etc.

303) Kleinschrod a. a. O. §. 19. Tittmann, Handbuch §. 381.

304) Kleinschrod, Abhandl. III, 2, Nr. XVI, §. 11, 12, 18.

305) Schweppe-Mejer, RPR. §. 628 a. E.

306) Martin, bürgerl. Proceß §. 54.

Forderung im Civilrechtswege verwies, resp. wenn dieser von selbst und ohne dahin erst sich weisen zu lassen, diesen Weg betrat, oder endlich der wie eine interventio in causa criminali sich darstellende Adhäsionsproceß[307]). (S. Rechtslex. Art. Adhäsionsproceß.) Auch findet oft eine Concurrenz von Criminal- und Civilpunkten statt, so zwar, daß entweder die eine Streitigkeit die andere bedingt: hier muß regelmäßig die bedingende causa der bedingten vorgehen, oder daß beide Sachen nur die Erörterung einer thatsächlichen Frage gemein haben, wo beide Sachen neben einander fortgehen oder, dafern dies nicht thunlich, der wichtigere Rechtsstreit dem minder wichtigen vorangehen muß[308]). Namentlich wird, wenn der Civilpunkt auf die Verübung eines Verbrechens sich stützt, der Civilproceß so lange, bis die Criminalsache beendigt ist, z. B. die Ehescheidung bis zur Beendigung der Ehebruchsuntersuchung, suspendirt; ferner muß, wenn ein Besitzstreit mit der Criminaluntersuchung gewaltthätiger Handlungen concurrirt, zunächst über den Besitzstand entschieden werden[309]) und wenn bei einem Civilrechtsstreite hinreichender Verdacht eines begangenen Verbrechens sich ergiebt, der Civilproceß auf Erledigung der Criminalsache warten[310]). Im übrigen scheint sowohl die Frage: ob der Civilpunkt für den Criminalrichter präjudiciell sei? als die andere: ob das Criminalurthel für den Civilrichter präjudicielle Kraft habe? verneint werden zu müssen. Denn das Civilerkenntniß betrifft einzig und allein das Recht des durch

---

307) Biener, systema proc. iud. §. 315. Kleinschrod, Adhäsionsproceß §. 6. (Abhandl. III, S. 472.) — Martin, bürgerl. Proc. §. 250 flg., stellt ihn nebst dem Executionsprocesse unter diejenigen bestimmten summarischen Processe, welche die Verfahrensart nur modificiren.

308) Heimbach sen., Rechtslex. VIII, S. 615 flg. Aber freilich wird oft die Entscheidung der Frage, welcher Rechtsstreit der wichtigere sei, große Schwierigkeiten haben.

309) Severus, Cod. VII. 62. c. 1. Glück, Commentar VI, §. 534, S. 520.

310) Kritz, Rechtsfälle I, 17, S. 344. So wird z. B. in der kurs. Dec. 88. v. J. 1661 wegen der in bürgerlichen Klagsachen einfallenden quaestio falsi angeordnet, daß „alsobald wegen solcher Uebelthat inquisitorie verfahren und immittelst mit weiterem Processe in Ruhe gestanden werden solle." — Uebrigens genügt oft für die Durchsetzung des privatrechtlichen Anspruches ein minderer Beweis als für die Zuerkennung der Criminalstrafe und es wird daher z. B. auf certa und violenta suspicio adulterii zwar die Ehe geschieden (c. 12. X. de praesumt.), auf die Ehebruchsstrafe aber nur bei vollem Beweise des Ehebruches erkannt. Vgl. überh. über die Frage: welcher Werth den im Criminalprocesse gebrauchten Beweismitteln und den in demselben dadurch gewonnenen Ergebnissen im Civilprocesse beizulegen? Seuffert, Archiv II, 1, Nr. 103, S. 137 und sächs. Wochenbl. 1848 Nr. 4, S. 26 flg. Nicht selten geht das Civilrecht bei Beurtheilung der wesentlichen Momente eines Rechtsverhältnisses von Ansichten aus, welche für das Strafrecht nicht passen; dies geschieht besonders dann, wenn es sich um Aufrechthaltung eines Rechtsgeschäftes handelt, z. B. si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veneat, non valet. Ulpian. Dig. 18. 1. L. 14. Vgl. Cucumus, Archiv des CrR. 1837 S. 446.

das in Frage stehende Delict Beschädigten, nicht aber das Recht des Staates, welches im Criminalprocesse gegen den Inculpaten zur Geltung kommt. Und ebenso stellt auch das Criminalerkenntniß den Ausspruch, daß das qu. Delict begangen oder nicht begangen sei, nicht absolut, sondern nur mit Rücksicht auf die daran zu knüpfende Strafe, welche der Staat im öffentlichen Interesse fordert, fest[311]). Was aber Civilerkenntnisse anlangt, wodurch Statusfragen rechtskräftig entschieden werden, so wirkt diese Rechtskraft nicht blos inter partes, sondern auch weiter hinaus und wird daher auch maßgebend für den Criminalproceß und das darin zu fällende Erkenntniß[312]). — Gleichwie ferner bei muthmaßlichen Verbrechen des Cridars das Concursgericht dem Criminalgerichte das Concurseröffnungsdecret mittheilt, damit das Criminalgericht Veranlassung zur Untersuchung erhalte, so mag auch dem Civilgerichte vom Criminalgerichte Veranlassung zur Eröffnung des Concurses gegeben werden, wenn letzteres z. B. die betrügerische Annahme oder Remission von Zahlungen, falsche Angaben des Schuldners über seine

---

311) Goltdammer, Archiv V, S. 363 flg. Doch wird dem Criminalurthel oft die präjudicielle Kraft für die Feststellung des Thatbestandes zu-, für die Feststellung der Thäterschaft abgesprochen. (Goltdammer, ebend. S. 356 flg.)

312) Ulpian. Dig. 1. 5. L. 25. Böhmer, de act. II. 3. §. 2. II. 1. §. 2. not. f. Dasselbe soll auch von rechtskräftigen Entscheidungen über Eigenthum anzunehmen und deren Giltigkeit auch bei Erörterung der Eigenthumsfrage in der Diebstahlsuntersuchung zu behaupten sein, sofern sie nicht als nichtig angefochten werden können: (Kleinschrod, N. Archiv des CrR. II, S. 268 flg.) „nicht, als ob das Civilurthel in Hinsicht des Criminalrichters rechtskräftig wäre, sondern weil er es als eine öffentliche Urkunde ansehen, folglich dessen Giltigkeit anerkennen müsse." [?] — Die Frage über die präjudicielle Kraft der Civil- und Criminalurthel gehört zu den streitigsten (vergl. hierüber Kleinschrod, über das Verhältniß des Civil- und Criminalprocesses beim Zusammentreffen eines Civil- und Criminalpunktes in derselben Rechtssache, N. Archiv des CrR. II, S. 257 flg. Zachariä, über das Verhältniß präjudicieller Civil- und Criminalsachen, Archiv des CrR. 1840 S. 393. Mejer, über das Präjudicium bei gegenseitigem Bezuge einer Civil- und Criminalsache auf einander, das. 1844 S. 321. Goltdammer, Archiv V, S. 344) und ist bisher nur in wenigen Gesetzgebungen zur Erledigung gelangt. Das badische Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen (s. unten bei Note 389) bestimmt desfalls §. 18, daß der Civilkläger, sowohl was die Schuld des Beklagten als das Dasein und die Größe des Schadens betrifft, auf die im Strafverfahren erhobenen Beweise sich berufen kann und daß, bei stattgefundener Verurtheilung des Beklagten im Strafprocesse, zu Gunsten des erst nachmals mit bürgerlicher Klage auftretenden Beschädigten nun auch die Verübung der That, deren das Erkenntniß den Beklagten für schuldig erklärt, für bewiesen gilt. Nach der hannov. StPO. v. 8. Nov. 1850 §. 46 begründet das Strafurthel, wodurch Jemand zur Strafe verurtheilt wird, die Gewißheit der That auch für das abgesonderte Civilverfahren nur bis zum Gegenbeweise und mit Vorbehalt desselben, und nach dem bayer. Gesetze v. 10. April 1848 Art. 205 sowie nach dem großh. hessischen Gesetze v. 26. Oct. 1848 Art. 317 ist die maßgebende Anwendung des verurtheilenden Straferkenntnisses auf den Civilproceß in Assisensachen unzulässig. Vgl. Goltdammer a. a. O. S. 348.

Activa und Passiva, seine Flucht, die Vernichtung oder Verfälschung seiner Papiere u. s. w. entdeckt und deshalb Untersuchung eingeleitet hat.

Ueber die privatrechtlichen Wirkungen einzelner Verbrechen fügen wir zum Schlusse noch Folgendes bei:

1) Bei den Eigenthumsverbrechen kann criminalrechtlich blos der gemeine und wahre Werth, den die Sache zur Zeit des Verbrechens hatte, in Anschlag kommen[313]), civilrechtlich muß aber auch der Affectionswerth Berücksichtigung finden[314]), und während criminalrechtlich bei Schätzung der Früchte nur die Zeit, wo die Früchte fast überall zur Reife gediehen waren und gemein zu werden anfingen, berücksichtigt wird, kommt civilrechtlich die Zeit der ersten Reife, wo sie noch selten und theuer waren, billig in Betracht[315]). Was aber die Privatansprüche bei Diebstählen insbesondre anlangt, so ist dem Bestohlenen das entwendete Gut auch schon vor dem Geständnisse und der Ueberführung des Diebes, da nöthig nach vorgängigem Eide: „daß ihm solche Güter wirklich gestohlen worden," vom Richter zu überlassen und von Letzterem überhaupt dafür, daß dem Bestohlenen so schnell als möglich zu dem Seinigen wieder verholfen werde, zu sorgen[316]). Würden jedoch von verschiedenen Seiten auf das gestohlene Gut Ansprüche erhoben, so sollen diese Ansprüche erst genauer geprüft und zur rechtlichen Entscheidung gebracht werden. Befinden sich die gestohlenen Gegenstände im Besitze eines Dritten, welchem weder Begünstigung noch Mitwissenschaft zur Last fällt, so ist der Bestohlene zur civilrechtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche zu verweisen[317]). Ist die gestohlene Sache verdorben oder verschlechtert worden oder nicht mehr in Natur vorhanden, so muß ihm der Werth derselben, und zwar der höchste, den sie je hatte, aus dem übrigen Vermögen des Diebes ersetzt werden[318]). Semper enim moram fur facere videtur[319]). Es darf dies jedoch, auch wenn der Dieb selbst aus freien Stücken und um seine Strafe zu mindern, dazu verschreiten wollte, nicht ohne Rücksicht auf seine übrigen Gläubiger geschehen, da dieselben dem Bestohlenen eine Prärogative zu ihrem Nachtheile einzuräumen nicht genöthigt werden können, sondern eine angemessene Vermögensrate für sich in Anspruch nehmen mögen[320]). Sollten endlich im Vermögen des Diebes Sachen sich vorfinden, die zwar zu den

---

313) Tittmann, Handb. §. 384. Badisches StGB. §. 378.

314) Tittmann, Handb. §. 381.

315) Tittmann, Handb. §. 385, N. a.

316) C. C. C. art. 207—209. ict. art. 158. 213. Vgl. Roux, über Civilansprüche aus unerlaubten Handlungen, in der sächs. Zeitschrift I, S. 134 flg.

317) Roux a. a. O. S. 135.

318) Winkler, Opp. I. nr. XVII. de patrimonio furum iuste distribuendo, p. 167 sq.

319) Ulpian. Dig. 13. 1. L. 8. §. 1. Für den Dieb tritt in jedem Augenblicke eine neue mora, mithin auch eine neue aestimatio, ein. Seuffert, Archiv II, S. 197.

320) Winkler, Opp. I. p. 170.

gestohlenen gehören, aber von Niemand in Anspruch genommen werden, so darf solche, nach Sachsenrechte, der Gerichtsfiscus für sich vindiciren, ohne daß ihm die römische Exemtion der res furtiva von der Verjährung entgegensteht; nur muß er ein volles sächsisches Jahr, von dem Tage an, wo er sie in seinen Besitz bekam, warten, ehe er darüber weiter verfügt [320a]). — Beim Wild-, Fisch-, Krebs- und Perlendiebstahl sowie bei der Entwendung anderer Gegenstände, die als Regalien dem täglichen Verkehre entzogen sind, ist zu bemerken, daß die Regalität von den allgemeinen Grundsätzen über Eigenthum und Besitz zu abstrahiren nicht gestattet, daß sie also nicht selbst schon Eigenthum und Besitz gewährt, sondern nur einen Titel dazu und einen Anspruch darauf verleiht. Das Factum der Erwerbung oder der modus adquirendi dominii muß also in jedem einzelnen Falle hinzukommen. Daher kann denn auch der Jagdberechtigte das vom Wilddiebe entwendete Wild von demjenigen, der dasselbe bona fide erwarb und nunmehr in dessen Besitze ist, nicht vindiciren [321]), und es darf hier nicht, wie beim eigentlichen Diebstahle, davon, daß die gestohlene Sache dem Eigenthümer zurückgegeben werde und der Richter vor Allem für die Rückgabe zu sorgen habe, die Rede sein. Ebensowenig hat aber auch der eigentliche Dieb, dem von einem Anderen die fragliche Sache wieder gestohlen wird, gegen diesen zweiten Dieb eine Diebstahlsklage, da „soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei, furti actio datur" [322]).

2) Zu den Betrügereien gehört unter anderem die betrügerische Grenzverrückung und ungebührliche Erweiterung der Grundstücksgrenzen durch allmäliges Abackern. In solchen Fällen soll nun der Criminalrichter neben Zuerkennung der gesetzlichen Strafe allemal auch mit de finibus cognosciren [323]) und natürlich auch dafür, daß der abgeackerte Grund und Boden dem Nachbargrundstücke wieder angelegt werde, Sorge tragen.

3) Die, namentlich bei Injurien angenommene, satisfactio privata erschöpft nicht die bürgerlichen Wirkungen der Injurien überhaupt, sondern beschränkt sich lediglich auf Entschädigung oder Genugthuung in specie. Die hierher gehörende Abbitte und Ehrenerklärung aber zeichnet sich vor anderen Genugthuungs- und Entschädigungsansprüchen dadurch aus, daß die desfallsige Klage nach eingehändigter Ladung zwar auf die Erben des Klägers, niemals aber auf die Erben des Beklagten übergeht [324]). Wegen Injurien gegen Verstorbene werden jetzt sogar die nächsten Verwandten und die Erben derselben zur Erhebung der Klage

---

320a) Sachsenspiegel II, 31. Winkler, Opp. I. p. 174.

321) Klien, Diebstahl S. 207 flg. Kleinschrod, Wilddiebstahl §. 2. Escher, Betrug S. 263 flg.

322) Ulpian. Dig. 47. 2. L. 12. §. 1.

323) Paulus, Dig. 10. 1. L. 4. §. 1. Vgl. Böhmer, de actionib. II. 6. §. 43.

324) Iustinian. Instit. IV. 12. §. 1.

zugelassen[325]). — Eine andere bürgerliche Wirkung der Injurie neben der satisfactio privata ist die Enterbung, welche Adscendenten gegen Descendenten verordnen dürfen[326]); und hier kommt nun eben deshalb, weil diese Wirkung von der Privatgenugthuung ganz getrennt zu denken und keinesfalls mit ihr zu identificiren ist, darauf, ob die Injurie bereits gerügt worden ist oder nicht, also auch auf die Verjährung und selbst auf die Verzeihung derselben[327]) gar nichts an: genug, wenn sie erwiesen wird und so der geltend zu machende Enterbungsgrund in das erforderliche Licht tritt.

4) Zur Nöthigung gehört unter anderem die verhinderte Testamentserrichtung, als Nöthigung zur Intestatvererbung des Nachlasses, die, wenn ein Sohn oder eine Tochter derselben sich schuldig macht, theils als Enterbungs-, theils als Indignitätsgrund wirkt[328]). Ebenso darf auch nach manchen Provinzialrechten der Ehegatte, der vom anderen zur Heurath genöthigt wurde, letzteren enterben[329]). Und um die durch Nöthigung zu erzwingende Ehe zu verhindern, darf nach einer Verordnung des Pabstes Alexander III. die sequestratio sponsae verfügt werden[330]).

5) Nach den Grundsätzen der actio legis Aquiliae ist die Klage auf Entschädigung wegen Körperverletzung auf das id quod interest zu richten, mithin nicht blos auf Ersatz des positiven Schadens zu beschränken, sondern auch auf Vergütung des entzogenen Gewinnes auszudehnen[331]). Dies gilt namentlich auch bei Ansprüchen auf Alimente. Das Fundament der darauf zu richtenden Klage beruht nicht sowohl darauf, daß der Beschädigte und Verletzte durch diese Verwundung ernährungsbedürftig geworden, sondern vielmehr darauf, daß er dadurch in den Zustand gerathen, wo er um das, was er ohne die Verwundung erworben haben würde, entweder ganz oder zum Theil kommt, und eben deshalb ist es ganz egal, ob der Verletzte vermögend ist oder nicht[332]). — Fernere privatrechtliche Ansprüche aus Körperverletzungen sind diejenigen, welche mit Arzt-, Apotheker- und Krankenwärterrechnungen belegt werden und die Kurkosten (sostrum) sowie die Medicinal- und Verpflegungskosten zum Gegenstande haben; desgleichen die Versäumnißkosten, die Vergütung für zugefügte Verunstaltung und das Schmerzengeld. Nach römischem Rechte zwar wurde die Verunstaltung nicht vergütet,

---

325) Abegg, Archiv des CrR. 1844 S. 377. Schwarze, ebend. 1855 S. 99.
326) S. oben.
327) Walch, controv. iur. civ. p. 209. (Ed. III.)
328) S. oben.
329) Vgl. z. B. das kgl. sächs. Erbgesetz v. 31. Jan. 1829 §. 85.
330) C. 14. X. de sponsal. (IV. 1.)
331) Glück, Commentar X, §. 702, S. 342 flg. §. 705, S. 384 und die das. cit. Gesetze.
332) Roux, sächs. Zeitschr. I, S. 130 flg.

„cum liberum corpus aestimationem non recipiat“[333]); allein die teutsche Praxis ist immer dafür gewesen[334]) und wird auch in den modernen Legislationen deshalb in Schutz genommen[335]). Auch das Schmerzengeld ist in fortwährender Uebung geblieben und selbst in der gemeinteutschen Gesetzgebung gegründet[336]). Dasselbe ist sowohl bei culposen als bei dolosen Körperverletzungen[337]) vom Inculpaten abzuentrichten, es müßte denn der Verletzte selbst durch eigene Thätlichkeiten Veranlassung zu den fraglichen Verletzungen gegeben haben (auctor pugnae); denn „quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire“[338]). Die Verpflichtung zur Entrichtung des Schmerzengeldes liegt allen Theilnehmern am Verbrechen der Körperverletzung, resp. des Raufhandels, ob, so daß Jeder von ihnen für das Ganze, mit Vorbehalt jedoch des Regresses gegen die Uebrigen, haftet und die Zahlung des Einen die Anderen befreit. Die Höhe des Schmerzengeldes bestimmt sich nach richterlichem Ermessen unter Berücksichtigung der Größe und Dauer der Schmerzen; übrigens werden durch dasselbe andere Entschädigungsansprüche keineswegs ausgeschlossen[339]).

6) Bei den gegen die Geisteskräfte gerichteten und die Integrität derselben verletzenden Verbrechen kann es geschehen, daß dem Verletzten ein Vormund bestellt werden muß. Hier scheint es billig, daß aus dem Vermögen des Inculpaten diesem Vormunde ein angemessenes Honorar gewährt werde. Zu den Pflichten des Letzteren würde aber zunächst und vor allem gehören, daß er für seinen Pflegbefohlenen womöglich schon im Laufe des Untersuchungsverfahrens oder doch des mit demselben gleichen Schritt gehenden Adhäsionsprocesses alle rechtlich begründete Entschädigung und Genugthuung auswirkt und namentlich auch für die Unterbringung des Geisteskranken in einer passenden Heilanstalt auf Inculpatens Kosten Sorge trägt.

7) Jede Tödtung, auch die blos culpose, verpflichtet den Thäter

---

333) Gaius, Dig. 9. 1. L. 3. u. 9. 3. L. ult. („cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio: quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.“)

334) Tittmann, Handbuch §. 140.

335) Vgl. z. B. badisches StGB. §. 225 u. Gesetz die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen betr. §. 14. — Die Carpzov'sche Gliedertaxe hingegen (1 Auge = 50 bis 100 Fl., die Nase = 50 Fl. rc. vgl. Carpzov, Pract. qu. 99. nr. 31 sq. Hommel, Flavius v. Buse. Erhard, kursächs. peinl. Recht S. 195) ist wohl nirgends mehr in Uebung.

336) C. C. C. art. 20. Hier wird sogar der Richter, der ohne genugsame Anzeige den Inculpaten foltert, zum Schmerzengelde angehalten.

337) Bei bloßen Realinjurien pflegt auf Schmerzengeld nicht erkannt zu werden.

338) Iavolenus, Dig. 50. 17. L. 203. Schweppe-Mejer, RPR. §. 547.

339) Quistorp, Beiträge Nr. XXIII, S. 362. Diese gemeinrechtlichen Sätze werden auch durch Provinzialgesetze mehrfach bestätigt, z. B. durch kgl. sächs. Verordn. v. 1. Sept. 1856. (Gesetz- u. Verordnungsbl. S. 183.)

zur Versorgung der Relicten des Getödteten, wenn dieser ihr Ernährer war und sie selbst soviel Vermögen, als zu ihrem Unterhalte und Fortkommen erforderlich ist, nicht besitzen[340]). Die unversorgten Kinder sind demnach so lange, bis sie in die Jahre der Selbstständigkeit treten und sich selber forthelfen können, die Witwe aber so lange als sie lebt oder ihr Mann, wenn er nicht getödtet worden wäre, gelebt haben würde — je nachdem zufolge der Ulpian'schen Regel in L. 68. sq. ad leg. Falcid. sie oder ihr Mann länger zu leben hat — zu alimentiren[341]). Außerdem erhalten noch, nach Sachsenrechte, im Falle culposer Tödtung eines Mannes zunächst die Schwertmagen und dann die anderen nächsten Verwandten sowie der Ehegatte desselben Thaler 20 — —, bei culposer Tödtung eines Weibes aber dieselben Personen Thaler 10 — — als Wehrgeld[342]), vorausgesetzt nämlich, daß Inculpat sein Verbrechen gelinder als mit Leibesstrafe verbüßt[343]). Die Begräbnißkosten hingegen braucht der Thäter in der Regel nicht zu tragen, da der Getödtete, auch wenn er eines natürlichen Todes gestorben wäre, doch auch hätte begraben und der Begräbnißaufwand aus seinem Nachlasse oder aus den Mitteln seiner Angehörigen und Erben bestritten werden müssen. Wenn jedoch Jemand, z. B. eine Gemeinde bei der Tödtung eines Durchreisenden, hierdurch allein in die Nothwendigkeit der Zahlung von Begräbnißkosten, womit sie beim natürlichen Tode wahrscheinlich verschont geblieben wäre, gesetzt würde, so ist der Thäter auch zur Tragung dieser Kosten verbunden[344]).

8) Bei der Brandstiftung kommt als privatrechtliche Folge theils der Ersatz des Brandschadens, theils die Gewährung der Versicherungssumme in Frage. Zum Brandschaden gehören aber nicht allein die

---

340) Quistorp, Beiträge Nr. LIX, S. 912 flg.

341) Vgl. Rechtslex. Art. Tod (XI. S. 419 flg., S. 429.)

342) Mit dem Wehrgelde, welches den Charakter der Sühne an sich trug, wurde die Fehde und Blutrache abgebüßt; beim Morde fiel es aber weg, weil dieser mit dem Rade bestraft wurde. Neben der culposen Tödtung kam es bisweilen auch noch bei der Tödtung aus Nothwehr vor (Sachsensp. II, 14, 38), ingleichen wenn ein Kind den Tod eines Anderen verschuldet hatte (Sachsensp. II, 65. III, 3). Außer dem Todtschläger selbst hafteten auch dessen Verwandte für das Wehrgeld, da auch gegen sie die Fehde gerichtet werden konnte. Der Betrag war auf 18 Pfund oder Mark = 360 Schilling festgesetzt (Sachsensp. III, 45), was der Summe von Thlr. 240 — — Conv.-Geld gleichkommen würde, und es beruht auf Irrthum, wenn man, den Schilling mit dem Schillingspfennig = $^{1}/_{20}$ Pfund = 1 gGr. 4 Pf. verwechselnd, obige 18 Pfund zu 24 alten Schock à 20 gGr. mit Thlr. 20 — — berechnet. (Meckbach, zum Sachsensp. III, 45.) Auch steht jene richtige Berechnung weit mehr als die nurgedachte irrige, gleichwohl aber übliche, mit der alten Gliedertaxe (s. oben) in Einklang. Vgl. über das Wehrgeld überh. Treitschke, de Werigeldo 1814. J. Weiske, Abhandl. aus dem Gebiete des teutschen Rechtes 1830 S. 83 (über die Berechnung insbes. S. 85, S. 106 flg.).

343) Sachsensp. II, 14, 16. III, 45. Carpzov, Def. IV. 11. def. 8 sq. Haubold, Lehrb. des sächs. PR. §. 302.

344) Tittmann, Handbuch §. 140, N. 5.

Verwüstungen, welche das Schadenfeuer selbst angerichtet, sondern auch diejenigen Schäden, welche durch die Anstalten zur Verhinderung der Weiterverbreitung des Feuers, namentlich also durch das Löschen mit Wasser und Unterwassersetzen sowie durch das Einreißen der Nachbargebäude verursacht wurden. Wer also als entfernterer Nachbar das an das brennende Haus zunächst angrenzende Gebäude niederreißt und so die Weiterverbreitung des Feuers hemmt oder zu hemmen bedacht ist, hat nicht zu fürchten, daß er mit der actio legis Aquiliae belangt werde und den Werth des niedergerissenen Gebäudes ersetzen müsse[345]), sondern es liegt diese Ersatzverbindlichkeit vielmehr demjenigen ob, durch dessen Dolus oder Culpa der Brand entstanden ist[346]). Auch der Verkäufer eines Hauses, das vor der Uebergabe abbrennt, ist, si eam diligentiam adhibuisset, quam debent homines frugi et diligentes praestare[347]), anspruchsfrei und unverbindlich. Dafür übrigens, daß man diese Aufmerksamkeit angewendet habe, streitet die Präsumtion, und es lastet daher auf dem Beschädigten, der einen Anderen wegen Feuerverwahrlosung in Anspruch nimmt, die Beweisverbindlichkeit[348]). Die Provinzialgesetze führen diesen Gegenstand weiter aus und behandeln namentlich auch die Frage, ob der Hauswirth, bei welchem das Feuer entstanden, ohne Unterschied, es mag das Feuer durch ihn selbst oder durch die Fahrlässigkeit seines Weibes, Kindes und Gesindes entstanden sein, den Schaden, welchen die Gemeinde oder die Nachbarn oder auch Andere davon haben, zu erstatten verbunden sei. Hierauf antwortet nun z. B. ein kursächsisches Gesetz, daß er blos um deswillen, weil in seinem Hause Feuer entstanden — bei welchem ohnedies er den größten Schaden hat — zur Erstattung des Schadens nicht anzuhalten, sondern nur diejenige Person, durch deren Schuld, Unfleiß, Verwahrlosung und Unachtsamkeit das Feuer ausgekommen, belangt und nach Befinden den abgebrannten Leuten den erlittenen Schaden zu ersetzen verurtheilt werden soll; es wäre denn das Feuer durch des Hauswirthes eigene Schuld und Fahrlässigkeit entstanden oder er wäre seines Gesindes halben von Nachbarn oder Anderen gewarnt und hätte doch solches nicht abgeschafft: auf diesen Fall soll er verantwortlich und nach Befinden den Schaden zu ersetzen schuldig sein[349]). Ebenso verbreiten sich die Provinzialgesetze auch über die Assecuranzen und die von den Assecuranzanstalten zu gewährenden Versicherungssummen. Hat z. B. in Sachsen der Eigenthümer eines abgebrannten oder beim Brande beschädigten Gebäudes

---

345) Ulpian. Dig. 9. 2. L. 49. §. 1.

346) Ulpian. Dig. 9. 2. L. 27. §. 9 sq.

347) Alfenus Varus, Dig. 18. 6. L. 11.

348) Quistorp, Beiträge I, Nr. 14, S. 188. G. I. F. Meister, Princ. iur. cr. §. 198. Kursächs. Dec. 80 v. J. 1661. A. M. ist Cocceii, ius controv. IX. 2. qu. 13.

349) Kursächs. Dec. 79 v. J. 1661. Vgl. Haubold, Lehrbuch des sächs. PR. §. 303.

das Auskommen des Feuers nach rechtlichem Erkenntnisse absichtlich verschuldet, so ist derselbe, das Feuer mag in seinem eigenen oder in einem anderen Gebäude ausgebrochen sein, des Anspruches auf Entschädigung verlustig. Der Nachbar, dessen versichertes Haus zur Hemmung der im Gebäude des Brandstifters ausgebrochenen Feuersbrunst mit abbrennt oder niedergerissen wird, muß aus der Brandkasse entschädigt werden; letztere hat aber solchenfalls wiederum ihren Regreß an den Brandstifter. Ergeben sich bei Erörterung der Ursachen eines Brandschadens gegen einen abgebrannten Hauseigenthümer nahe Indicien der Gefährde, so ist die Brandversicherungskasse berechtigt, die Vergütungsgelder desjenigen Calamitosen, wider den der Verdacht obschwebt, so lange zurückzubehalten, bis derselbe wenigstens von der Instanz losgesprochen worden ist [350]).

9) Als privatrechtliche Folgen der unerlaubten Selbsthilfe erscheinen Verlust der Forderung, Verlust des Besitzes und Verlust des Eigenthums in den durch die Gesetze genauer bezeichneten Fällen. (S. oben.) Hat Inculpat durch seine Eigenmächtigkeit Schaden gestiftet, so muß er denselben gelten und kann auch, wenn Grund zur Furcht vor Wiederholung solcher Beschädigungen vorliegt, zur Bestellung genügender Sicherheit deshalb durch cautio de non offendendo genöthigt werden [351]). Wo nun die Selbsthilfe und Eigenmacht bei Strafe verboten und criminell ist, da kann dieses Strafverbot auch in keinerlei Rücksicht durch Privatvertrag einer Abänderung unterworfen werden und es darf daher auch das pactum de ingrediendo, welches bei Pfand-, Pacht- und Miethverträgen zu Gunsten des Gläubigers, Verpachters und Vermiethers dem Hauptvertrage angehängt zu werden pflegt, sowie dieser selbst nur gerichtlich, nicht aber privata auctoritate geltend gemacht werden. Denn creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur: attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent [352]). Uebrigens ist die Selbsthilfe, resp. Selbstvertheidigung und Selbstrache, in manchen Fällen gestattet und es gehören (außer der schon oben erwähnten Nothwehr) namentlich noch hierher:

a) der iactus mercium, um das in Seegefahr befindliche Schiff zu erleichtern und dieses selbst nebst Mannschaft und Fracht zu retten [353]);

b) das Zerschneiden der Ankertaue und Fischernetze, welche zufällig einem Schiffe den Untergang drohen [354]);

---

350) Vgl. das kgl. sächs. Gesetz, die Einrichtung der alterbländischen Immobiliar-Brandversicherungsanstalt betr., v. 14. Nov. 1835 §. 85.

351) Tittmann, Handbuch §. 262.

352) Severus et Antoninus, Cod. VIII. 14. c. 3. Vgl. Böhmer, Exerc. ad Pand. II. 23. c. 1. §. 19. (p. 32.) ; c. 2. §. 7. (p. 55.) Martin, bürgerl. Proceß §. 8.

353) Ulpian. Dig. 19. 5. L. 14. p.

354) Ulpian. Dig. 9. 2. L. 29. §. 3.

c) das Niederreißen der Nachbarhäuser bei einer Feuersbrunst[355];

d) die Entfernung der Servitut, welche ein Anderer auf meinem Grundstücke sich anmaßt sowie überhaupt die Behauptung des bisherigen Besitzstandes, wenn sie auch mit bewaffnetem Angriffe der Störer bewirkt werden sollte[356];

e) die dem Hypothekengläubiger vertragsmäßig gestattete eigenmächtige Besitzergreifung der verpfändeten Sache[357];

f) die Verschneidung fremden Federviehes, welches in unserem Eigenthume Schaden angerichtet hat[358];

g) die Pfändung und zwar aa) des Besitzstörers, als Mittel zum Schutze des Besitzes[359], ingleichen bb) der Vagabunden und Bestien, welche auf unseren Grundstücken schadenstiftend betroffen werden, als Mittel zur Ablösung der Verbindlichkeit zum Schadenersatze[360];

h) die Arretur des Schuldners durch den Gläubiger, wenn jener flüchtig ist[361];

i) die Tödtung des in der eigenen, resp. in des Schwiegersohnes, Wohnung auf der That betroffenen Ehebrechers durch den Mann der Ehebrecherin, indem jedoch Ersterer auch die Ehebrecherin selbst gleich mit dem Ehebrecher tödten muß, dahingegen Letzterer nur den Ehebrecher tödten darf und auch dann nur, wenn derselbe eine persona vilis ist[362].

In diesen Fällen fällt sowohl alle Strafe als auch die Verbindlichkeit zum Schadenersatze weg. Beim Seewurfe hat jedoch der Verlierende an denjenigen, dessen Waaren und Effecten dadurch gerettet werden, den Regreß zu nehmen[363]; der durch das Niederreißen der Nachbarhäuser bei Feuersbrunst erwachsende Schade aber wird heutzutage überall, wo Zwangsassecuranz der Gebäude besteht, ebensowie der durch den Brand selbst erwachsene Schade, aus der Staatsbrandkasse vergütet. (S. oben.) Und was den bei der Selbstvertheidigung angerichteten Schaden betrifft, so brauche ich dem Angreifer, der mich in die

355) Ulpian. Dig. 9. 2. L. 49. §. 1. u. 47. 9. L. 1. pr. L. 3. §. 7.

356) Ulpian. Dig. 9. 2. L. 29. §. 1. u. 43. 16. L. 1.

357) Severus et Antoninus, Cod. VIII. 14. c. 3.

358) Sächs. Weichbild Art. 120.

359) Sachsensp. III, 47.

360) Sachsensp. II, 28 u. Glosse zu II, 27.

361) Ulpian. Dig. 42. 8. L. 10. §. 16.

362) Papinian. Ulpian. et Macer, Dig. 48. 5. L. 20—24. Vgl. C. C. C. art. 145. 150. Die Carolina nimmt an, daß der Vater oder Ehemann in der Nothwendigkeit, gegen den ertappten Ehebrecher sich zu vertheidigen, gewesen, präsumirt jedoch bei ihnen den Fall gerechter Nothwehr und dispensirt vom Beweise derselben. Vgl. Rechtslex. III, S. 595. — Nach römischem Rechte konnte man den Ehebrecher, wenn man ihn nicht gerade tödten wollte, 20 Stunden lang gefangen halten testandae rei causa. Ulpian. Dig. 48. 5. L. 25. — Ueber den Fall der Tödtung des nächtlichen Diebes und über novi operis nunciatio vgl. Rechtslexikon X, S. 135.

363) Schweppe-Mejer, R. PR. §. 603.

Nothwendigkeit der Vertheidigung versetzte, den Schaden, den ich ihm selbst angerichtet, nicht zu ersetzen, wohl aber bin ich gehalten, denjenigen, den ich bei dieser Gelegenheit einem Dritten beigebracht, zu vergüten. Wenn ich daher z. B. defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem, percussero: tenebor lege Aquilia; illum enim solum, qui vim infert, ferire conceditur, et hoc si tuendi duntaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit[364]).

10) Für den durch Tumult, Aufruhr und Landfriedensbruch erwachsenen Schaden haftet nach der im alten germanischen Rechte waltenden Institute der Gesammtbürgschaft und dem daraus hervorgegangenen Gerufte sammt Nacheile die ganze Gemeinde des Ortes, der in Aufruhr gerathen ist[365]). Daher ist, z. B. in Preußen, selbst noch in neuester Zeit gesetzlich bestimmt worden, daß für die Beschädigungen des Eigenthums und Verletzungen von Personen, welche bei einer Zusammenrottung oder einem Zusammenlaufe von Menschen durch offene Gewalt zugefügt werden oder durch Anwendung der getroffenen Gegenmaßregeln[366]) entstehen, die Gemeinde, in deren Bezirke die schädlichen Handlungen erfolgt sind, zu haften hat; es müßte denn bewiesen werden, daß die Beschädigung durch eine von Außen eingedrungene Menschenmenge verursacht worden und daß in diesem Falle die einzelnen Einwohner zur Abwehr des Schadens außer Stande gewesen: solchenfalls geht die Verantwortlichkeit auf diejenige Gemeinde über, in deren Bezirke die Ansammlung oder von wo aus der Ueberfall stattgefunden. Nur wenn auch diese Gemeinde außer Stande gewesen wäre, den verursachten Schaden zu verhindern, würde ihre Verbindlichkeit cessiren. Mehrere verantwortliche Gemeinden stehen in solidarischer Verbindlichkeit; es hat aber die Gemeinde, welche zahlen mußte, ihren Rückanspruch an diejenigen, welche nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zum Schadenersatze verpflichtet sind[367]). — Da jedoch in Teutschland, schon in den ältesten Zeiten, oft der Fall vorkam, daß die Gemeinden sich unter den Schutz eines Herrn stellten, so wurde, wenn es ihm nicht gelang, seine Untergebenen und Schutzbefohlenen gegen die Beschädigungen der Friedbrecher zu decken, er selbst zum Ersatze der Friedbruchschäden verbindlich: eine Verbindlichkeit, welche bereits in den Zeiten der kaiserlichen Machtvollkommenheit Friedrich der Erste den von ihm eingesetzten Richtern, Voigten und Magistraten auferlegt hatte[368]). Es wird daher

364) Paulus, Dig. 9. 2. L. 45. §. 4.

365) Hume, Geschichte von England (Breslau u. Leipzig bei Meyer) 1767 I. S. 59 flg.

366) Aehnlich wie beim Brande durch das Niederreißen der Nachbarhäuser.

367) Kgl. preuß. Gesetz v. 11. März 1850. (Gesetzsammlung S. 199.) Vgl. auch des franz. Gesetz v. 30. Sept. 1830 u. darüber Fölix, in Mittermaier's u. Zachariä's krit. Zeitschrift für Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung des Auslandes VII (1834) S. 41.

368) II. Feud. 53.: Iudices vero et locorum defensores vel quicunque magistratus etc. qui iustitiam facere neglexerint et pacem violatam vindi-

auch in den Reichsexecutionsordnungen den Obrigkeiten die ganze Last der Erhaltung des Landfriedens auferlegt und ihnen dabei zu Gemüthe geführt, daß, wenn sie sich hierbei säumig erweisen, sie selbst wie Landfriedensbrecher behandelt werden, also auch zur Erstattung aller Schäden verbunden sein sollen [369]). Da sie jedoch bei Stillung der Tumulte auf die für jeden Kreis bestimmte und aufgestellte bewaffnete Macht und deren Commando's sich verlassen mußten, und, wenn ihnen diese den Dienst versagten, den erforderlichen Schutz nicht gewähren konnten, so waren auch jene Commando's den Ansprüchen wegen erlittener Tumultschäden ausgesetzt [370]). Daher kommt denn wohl auch die noch in einer königl. sächs. Verordnung der neuesten Zeit zu lesende Bestimmung, daß die Verbindlichkeit zum Ersatze der Tumultschäden, welche Allen, die nach dreimaliger Aufforderung sich vom Schauplatze des Tumultes nicht entfernen, neben den sonst noch rechtlich dazu Verpflichteten solidarisch obliegt, auch alle Behörden und Mannschaften treffen soll, welche sich hierbei säumig, nachlässig und pflichtvergessen zeigten [371]). — Zunächst müssen nun wohl die Polizeibehörden wegen der gedachten Schädenvergütung in Anspruch genommen werden; denn die Polizei ist es ja, welche für die Sicherheit des Eigenthums und die Wohlfahrt der Bürger sorgen, Schaden und Nachtheil aber thunlichst abwenden und verhindern soll. Hat nun aber eine Gemeinde ihre eigene Polizei, so würde zunächst die Gemeindeobrigkeit wegen der fraglichen Schäden verantwortlich zu machen sein; in den Städten also der Magistrat, in den herrschaftlichen Ortschaften aber die herrschaftliche Obrigkeit. Außerdem läge die Verantwortlichkeit den Staatsbehörden ob. Fiele jedoch auf die Polizei keine Schuld, sondern hätte es nur an der von ihr rechtzeitig und gehörig angerufenen bewaffneten Macht gelegen, durch zeitiges und zweckmäßiges Einschreiten den Tumult zu stillen und Tumultschäden abzuwenden, so wäre diese durch eine gegen den Militärfiscus — der dann seinen Regreß an die betreffenden Officiers und Mannschaften haben würde — gerichtete Schädenklage in Anspruch zu nehmen. (In ähnlicher Weise würde man bei einem an den Rath als städtische Polizeibehörde zu formirenden Anspruche sich an die Rathskasse, bei Ansprüchen gegen die landesherrliche Polizei aber an den Staatsfiscus zu halten haben [372]).)

---

care legitime supersederint, damnum omne iniuriam passo resarcire compellantur.

369) Vgl. z. B. Reichsexecutionsordnung v. J. 1555 §. 18.

370) Angez. Executionsordnung §. 25.

371) Verordnung v. 7. Mai 1849. Sie scheint jedoch, trotz ihrer ausgezeichneten Zweckmäßigkeit, wieder aufgehoben durch Gesetz v. 10. Mai 1851.

372) Merkwürdig ist desfalls die Bestimmung in Art. 2 des oben angeführten französischen Gesetzes v. 30. Sept. 1830. War nämlich der Tumult ein gerechter, eine sog. cause nationale, so wird der durch ihn veranlaßte Schade aus Staatskassen vergütet. Es wurden deshalb auch nach der Julirevolution alle

11) Ehebruch führt neben der Ehebruchsstrafe zur Scheidung (s. oben), die Scheidung aber, namentlich die durch Ehebruch des Mannes veranlaßte, hat die weitere Folge, daß die Kinder bei der Mutter auf seine Kosten erzogen werden, so lange die Mutter nicht zur zweiten Ehe schreitet [373]). Außerdem und namentlich auch bei der durch Ehebruch der Frau herbeigeführten Scheidung gilt die Regel, daß der Mann die Kinder vindiciren und, um sich sein Erziehungsrecht zu sichern, im Falle der Schwangerschaft und Niederkunft die inspectio ventris und custodia partus verlangen kann [374]). Da übrigens der Ehebruch, nach moderner Ansicht und Legislation, nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag des beleidigten Theiles zur Untersuchung kommt und der Antragsteller auch wieder beliebig von seinem Antrage zurücktreten kann, so gilt dies auch von der Ehescheidungsklage; sowohl hinsichtlich der Ehescheidung als der Ehebruchsstrafe hängt der schuldige Theil lediglich von den Anträgen und Erklärungen des beleidigten Theiles ab; der bewiesene Ehebruch führt zur Strafe und Scheidung, dahingegen aber auch beides in Wegfall geräth, wenn darauf Verzicht geleistet wurde. Der Verzicht kann nicht widerrufen werden; satis enim absurdum est, redire ad hoc, cui renunciandum putavit [375]) und remittentibus actiones suas non est regressus dandus [376]); aber ebensowenig ist auch eine im voraus, z. B. gleich bei Eingehung der Ehe, erklärte Verzeihung des Ehebruches, sei es für alle, sei es nur für gewisse (z. B. Unpäßlichkeits- und Krankheits-) Fälle und eine Verzichtleistung auf desfallsige Straf- und Scheidungsanträge statthaft. Ein solches dem Ehevertrage beigefügtes Pactum wäre als pactum turpe von keinem rechtlichen Erfolge, ja könnte sogar unter Umständen als lenocinium und strafbar sich darstellen. Nur wirkliche Verzeihung ist zulässig und diese nur nach dem Vergehen, nicht aber vorher denkbar. Bedingte Verzeihung gilt für unbedingt, die Bedingung also für nicht beigefügt [377]). Uebrigens treten für den Gatten, welcher dem anderen Gatten durch unerlaubte Handlungen und Verbrechen Ursache zur Scheidung giebt, gewisse Vermögensnachtheile in der Art ein, daß die Frau als schuldiger Theil ihr Eingebrachtes verliert und in Ermangelung desselben den vierten Theil ihres Vermögens, wenn dasselbe nicht mehr als 400 Pfund Goldes beträgt, außerdem aber höchstens 100 Pfund Goldes, an den Mann (der jedoch nur den Nießbrauch daran zu beanspruchen, die Proprietät aber den Kin-

---

Personen, deren Eigenthum infolge dieser Ereignisse gelitten hatte, auf Kosten des Staates entschädigt. Fölix a. a. O.

373) Cod. Iustin. V. 24. divortio facto apud quem liberi morari et educari debeant. Vgl. Dig. 43. 40. de liber. exhib. L. 3. §. 5. Nov. 117. c. 7.

374) Dig. 25. 4. de insp. ventr. et cust. part. L. 1.

375) Iustinian. Cod. IV. 1. c. 11.

376) Ulpian. Dig. 21. 1. L. 14. §. 9.

377) Carpzov, Pract. qu. 55. nr. 79. Bestätigt wird dies in Dec. Sax. 39. d. ao. 1746.

dern einzuräumen hat) abgeben und im Falle des Ehebruches auch die Erhöhung dieser Vermögensstrafe um ein Dritttheil sich gefallen lassen muß; dahingegen der Mann als schuldiger Theil die donatio propter nuptias, sowie, in Ermangelung derselben, den vierten Theil seines Vermögens an Frau und Kinder herauszugeben und, wenn er seine Frau fälschlich des Ehebruches angeklagt oder ihr durch Unterhalt einer Beischläferin Grund zur Scheidung gegeben hatte, noch ein Dritttheil jenes Betrages mehr hinzuzulegen gehalten ist[378]. War zwar der Mann der beleidigte Theil, er hatte aber, wie er nach römischem Rechte unter Umständen ungestraft thun darf (s. oben), die ehebrecherische Frau getödtet, so fällt das Eingebrachte derselben nicht an ihn, sondern an ihre Erben: et recte; non enim aequum est, virum ob facinus suum dotem lucrifacere[379]. Endlich kann der Ehebrecher die von ihm nachher geehelichte Ehebrecherin, und diese jenen, nicht beerben[379a].

12) Die Amtsverbrechen, Pflichtverletzungen und Nachlässigkeiten der öffentlichen Beamten und Diener, zunächst a) der Gerichtsbeamten und Richter, führen aa) bei ungerechtem Verfahren des Richters im Processe und dadurch dolo oder culpa lata effectuirten Schäden und Verletzungen zu einer der verletzten Partei zustehenden actio in factum quasi ex delicto iudicis litem suam facientis[380] oder der sogenannten actio syndicatus[381], auf Leistung des gesammten Interesses[382]. bb) In Sachen der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit hat der Richter bei verletzter Form des Geschäftes für allen Schaden zu stehen, da die Beobachtung der Form ihm allein obliegt. Das Gleiche gilt, wenn die von ihm Gerichtswegen bezeugten Thatsachen sich als unwahr ausweisen und die Partei den Richter nicht getäuscht hatte. Ist das Geschäft materiell ungiltig, so haftet der Richter bei bloßer Confirmation desselben nicht, wohl aber wenn letzterer eine causae cognitio vorhergegangen war, indem er solchenfalls wie ein Vormund betrachtet wird und auf die Culpa der Partei sich nicht berufen darf. Er haftet für dolus und culpa lata bei sportelfreien, für omnis culpa bei den übrigen Geschäften[383]; für die Fehler seiner Untergebenen aber haftet

378) Iustinian. Cod. V. 17. c. 11. Nov. 117. c. 8. 9.

379) Paulus, Dig. 24. 3. L. 10. §. 1. Es herrscht hier wieder derselbe Grundgedanke, den wir schon in der Regel de eo, per quem factum est, quominus conditio impleatur (Ulpian. Dig. 50. 17. L. 161.) finden.

379a) Papinian. Dig. 34. 9. L. 13. S. oben bei Note 271.

380) Ulpian. Dig. 5. 1. L. 15. Gaius, Dig. 50. 13. L. 6.

381) RA. v. 1522 §. 17. RKGO. v. 1555 P. III. tit. 53. §. 5. 6. 10.

382) Ulpian. Dig. 5. 1. L. 15. §. 1. — Nach einer anderen Ansicht wurde der iudex litem suam faciens anders beurtheilt. „Spricht er das ungerechte Urtheil wissentlich oder aus grober Nachlässigkeit, so begeht er ein wirkliches Delict; thut er es aber aus geringerer Nachlässigkeit, so ist er quasi ex delicto verbunden." Höpfner, Commentar §. 1077. Vgl. Weber, N. A. §. 12.

383) Schweppe-Mejer, RPR. §. 572. A. M. ist Schwarze, über die Frage, inwieweit der Richter zum Ersatze des durch Verletzung seiner Amts-

er nur insoweit, als er selbst dabei mit in Culpa war. (Ueber Mitglieder und Subalternen der Rechtscollegien s. oben.)

b) Administrativbehörden haften für omnis culpa [384]).

c) Nicht ganz dasselbe tritt bei den Pflichtwidrigkeiten der Advocaten, Aerzte rc. ein; denn wenn schon auch sie den sowohl durch Vernachlässigung als durch wirkliche Verletzung ihrer Pflichten verursachten Schaden ersetzen müssen, so concurrirt doch eine solche Ersatzverbindlichkeit mit einer Criminalstrafe blos im Falle der (dolosen) Pflichtverletzung, nicht auch der (culposen) Pflichtvernachlässigung [385]). Die stipulatio certae partis (oder quotae litis) giebt dem Advocaten, der sich dadurch einer strafbaren Pflichtverletzung schuldig macht, kein Recht zur Klage [386]), vielmehr würde der Geber das Gegebene condiciren können, und ebenso darf weder der Advocat noch der Arzt ein Palmarium für den guten Erfolg des Processes oder der Cur mit einer anderen Wirkung, als daß er sich dadurch strafbar macht und weder eine Klage auf Zahlung erwirbt, noch nach bereits erhaltener Zahlung der Condiction des Gebers zu entgehen hoffen darf, sich stipuliren [387]).

d) Die Geodäten und Feldmesser (mensores) endlich machen sich durch falsches Messen (si falsum modum dixerint s. renunciaverint) nicht nur strafbar, sondern sie setzen sich auch Schädenansprüchen aus, welche ebenso wie die Ansprüche an den iudex litem suam faciens mit einer actio in factum verfolgt werden [388]). „Nam interest nostra, ne fallamur in modi renunciatione: si forte vel de finibus contentio sit, vel emtor scire velit vel venditor, cuiusmodi ager veneat [389]).“ — Und was von Feldmessern gilt, wird analog auch auf Architekten und Calculatoren angewendet, so daß „hoc exemplo etiam adversus architectum actio dari debet, qui fefellit; nam et D. Severus adversus architectum et redemtorem actiones dandas decrevit. Ego etiam adversus tabularium puto dandas, qui in computatione fefellit [390]).“

e) Allen Güterverwaltern ist untersagt, von dem fremden Vermögen, welches sie verwalten, etwas an sich zu kaufen, widrigenfalls

---

pflicht entstandenen Schadens verbunden? in der sächs. Zeitschrift N. F. XI, S. 113 flg.

384) Ulpian. Dig. 50. 8. L. 6.: magistratus reipublicae etiam diligentiam debent. Hänel, Schadenersatz §. 42.

385) Vgl. übrigens über die Frage: wie hat eine streitende Partei, welche wegen einer von ihrem Anwalte vernachlässigten Proceßhandlung sachfällig geworden, die Regreßklage gegen ihren Anwalt auf Schadenersatz zu begründen? Kori, Archiv für civ. Pr. V, S. 399.

386) Contantinus, Cod. II. 6. c. 5.

387) Papinian. Dig. 17. 1. L. 7. Valentinian. et Valens, Cod. X. 52. c 9.: Archiatros ea patimur accipere, quae sani offerunt, non ea, quae periclitantes pro salute promittunt.

388) Vgl. Dig. 11. 6.: si mensor falsum modum dixerit.

389) Ulpian. Dig. cit. L. 1. pr.

390) Ulpian. cit. L. ult. §. 3. 4.

sie sich strafbar machen und die gekaufte Sache, wenn sie sie schon übergeben erhielten, wieder zurückgeben müssen oder, wenn sie auf Uebergabe der Sache klagen, mit dieser Klage zurückgewiesen werden. „Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam, alioquin non tantum rem amittit, sed et in quadruplum convenitur[391]).“ Dies gilt namentlich von Vormündern[392]), vorausgesetzt, daß sie die Güter ihrer Mündel durch untergeschobene Personen oder sonst heimlicher und doloser Weise an sich zu bringen suchten[393]); dahingegen palam et bona fide auch der Vormund (und mehr noch die Ehefrau desselben) ex bonis pupilli, quae distrahi possunt, erwerben kann[394]). Ferner ist es den Vormündern, so lange ihr Pflegling lebt und sie noch nicht Rechnung abgelegt haben, fiscalische und landesherrliche Güter zu pachten um deswillen untersagt und für den Contraventionsfall die Strafe der Fälschung neben Nullität des Pachtes ihnen angedroht, weil der Fiscus im Concurs mit den Pflegebefohlenen zu collidiren fürchten muß[395]).

f) Geistliche sollen andere Ländereien, als die ihrer eigenen Kirche, nicht pachten, „ut non per hanc occasionem et sanctis domibus damnum fiat et sacra ministeria impediantur[396]);“ außerdem fallen sie selbst in Strafe, während der Verpachter der Klage wegen seines Pachtgeldes verlustig geht[397]).

g) Soldaten sollen keine fremden Grundstücke pachten oder miethen; thun sie es dennoch, so machen sie sich entweder der Desertion oder des crimen contumaciae vel desidiae schuldig und werden deshalb strafbar[398]), übrigens aber sind sie ihren Vermiethern oder Verpächtern zu nichts verbunden und brauchen ihnen den Contract nicht zu halten, „ne omisso armorum usu ad opus rurestre se conferant et vicinis graves praesumtione cinguli militaris existant. Armis autem, non privatis negotiis, occupentur: ut numeris et signis suis iugiter inhaerentes rempublicam, a qua aluntur, ab omni bellorum necessitate defendant[399]).“

In manchen Staaten existiren besondere neue Gesetze über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen (und Strafen), z. B. im Königreich Würtemberg das Gesetz vom 5. September 1839, im Großherzogthum Baden das (gleichzeitig mit dem Strafgesetzbuche und der

---

391) Marcian. Dig. 18. 1. L. 46.
392) Paulus, Dig. 18. 1. L. 32. §. 7.
393) Ulpian. Dig. 26. 8. L. 5. §. 2.
394) Diocletian. et Maximian. Cod. IV. 38. c. 5.
395) Modestin. Dig. 19. 2. L. 49. Marcian. Dig. 48. 10. L. 1. §. 9.
396) Iustinian. Nov. 123. c. 6.
397) Böhmer, I. E. P. III. 18. §. 7. 8. 9.
398) Arrius Menander, Dig. 49. 16. L. 5. 6.
399) Leo, Cod. IV. 65. c. 31. — Das Verbot des Ankaufes von Grundstücken in der Provinz, wo der Soldat dient (Arrius Menander, Dig. 49. 16. L. 9.), bindet letzteren heutzutage nicht mehr. Feuerbach, Lehrb. §. 499, Anm. Schweppe-Mejer, RPR. §. 461.

Strafproceßordnung emanirte) Gesetz, die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen betreffend, vom 6. März 1845[400]). Der Gegenstand ist wichtig und bedarf daher, umsomehr, da die hier einschlagenden Bestimmungen des gemeinen Rechtes oft ganz veraltet und unpassend geworden sind, sorgfältiger Pflege und Gesetzgebung. Es wird jedoch zu einem ganz befriedigenden Ziele in diesem Gebiete des Criminalrechtes ebensowenig wie beim eigentlichen Strafrechte so bald zu gelangen sein; die Rechtsnorm und das Rechtsleben wird mangelhaft sein und bleiben, und jedenfalls müssen wir noch jetzt mit Cicero seufzen: „veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus: umbra et imaginibus utimur; eas ipsas utinam sequeremur[401]).“

Julius Merkel.

Vergleich (transactio, διάλυσις)[1]). I. Wesen des Vergleiches im allgemeinen. A. Begriff. Eine entsprechende Definition der transactio findet sich nicht in den Quellen. Zwar scheint schon der Digestentitel[2]) eine solche an seiner Spitze zu tragen, indem es dort heißt: Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam remittit; allein dies ist höchstens ein leiser Ansatz zur Formulirung. Bekanntlich ist überhaupt die Aufstellung von Begriffen eine der schwachen Seiten der römischen Juristen; der Grund dieses Mangels ist hier nicht zu erörtern. Wenn nun auch die römischen Quellen keine genügende Definition aufstellen, so enthalten sie doch alle Elemente des Begriffes, wenn auch nicht in directer scharfer Formulirung, doch implicite. Um zu einer genügenden Definition zu gelangen, sind folgende Fragen zu beantworten: 1) Was ist Gegenstand des Vergleiches? 2) Was ist Zweck desselben? 3) In welcher Art und Weise

---

400) Dieses badische Gesetz handelt jedoch blos von der Verbindlichkeit zum Schadenersatze und von der Ehescheidung sowie von den mit der Ehescheidung in Verbindung stehenden Vermögensnachtheilen. Andere privatrechtliche Folgen, z. B. Verlust der elterlichen Rechte und des Antheiles am gefundenen Schatze, werden nicht hier, sondern im Strafgesetzbuche (vgl. §. 375, §. 408 flg.) berücksichtigt.

401) Cicero, de offic. III. c. 17.

1) a) Quellen der Lehre: Tit. Dig. de transactionibus (2. 15.). Tit. Cod. de transactionibus (II. 4.). b) Literatur: unter den älteren Schriften ist vorzüglich zu nennen: Donellus, Comm. ad titulos Codicis de pactis (II. 3.) und de transactionibus (II. 4.). Noodt, Lib. singul. ad edictum Praetoris de pactis et transactionibus. Andere ältere Schriften führt an Glück, Erl. der Pand. Bd. 5, S. 1, N. 1, welcher selbst ebend. S. 1—98 die Lehre ausführlich behandelt. Von neueren Schriften ist bemerkenswerth: Risch, die Lehre vom Vergleiche mit Ausschluß des Eides und des Compromisses, nach gemeinem Civilrechte bearbeitet. München 1855. Diese Abhandlung ist in der nachfolgenden Darstellung hauptsächlich benutzt. Einzelner Abhandlungen, welche specielle Punkte dieser Lehre betreffen, wird an dem geeigneten Orte gedacht werden. Die Lehre selbst wird außerdem in allen Systemen des Pandektenrechtes behandelt.

2) L. 1. D. 2. 15.

oder auf welchem Wege wird dieser Zweck des Vergleiches erreicht? Zu 1). Der Gegenstand des Vergleiches ist in den Anfangsworten der oben angeführten Stelle vollständig bezeichnet. Gegenstand eines Vergleiches können hiernach immer nur ungewisse Rechtsverhältnisse sein, sei es, daß die Ungewißheit des Rechtsanspruches darauf beruht, daß derselbe wirklich bestritten wird (es muß nicht nothwendig ein Proceß darüber anhängig sein) oder daß sie irgendwie sonst motivirt sei (res dubia im allgemeinen), z. B. durch Abhängigkeit von einer Bedingung [3]) oder durch Ungewißheit des Umfanges, welchen der an sich als begründet feststehende Anspruch im ganzen erreichen wird [4]). Gegenstand des Vergleiches können demnach nicht sein durchaus gewisse und unbestrittene Rechtsverhältnisse, sei es nun, daß von Anfang an keine Verschiedenheit in den Behauptungen der Parteien obgewaltet hat, indem hier noch in keinem Augenblicke ein Anlaß zum Vergleiche gegeben war, oder daß die vorher bestehende Differenz in einer eine fernere Ungewißheit nicht mehr gestattenden Weise beseitigt worden war [5]). Zu 2). Den Zweck des Vergleiches ergiebt schon die grammatische Bedeutung des Wortes „transigere"; derselbe wird aber noch außerdem durch unzweideutige Stellen ausgesprochen. Das Wort „transigere" im weiteren Sinne ist synonym mit „finire, terminare", bedeutet also so viel als „beendigen" und kommt in diesem Sinne bei nichtjuristischen Schriftstellern und in den Quellen des römischen Rechtes vor [6]). Bringt man diese weitere Bedeutung von transigere in Verbindung mit dem unter 1. erwähnten Gegenstande des Vergleiches, zunächst mit der lis, dessen häufigstem Gegenstande, so stellt sich der Vergleich dar als ein Rechtsinstitut, dazu bestimmt, eine Ungewißheit von Rechtsansprüchen zu beseitigen, insbesondre bestrittene Rechtsverhältnisse zu ordnen (litem finire). Dieser Zweck des Vergleiches wird durch ausdrückliche Quellenzeugnisse bestätigt [7]). Diesem Zwecke, Rechtsstreitigkeiten zu beendigen, dienen aber noch mehrere andere Institute, welche theils nur im Zusammenhange mit streitigen Verhältnissen, zu deren Erledigung sie bestimmt sind, vorkommen, z. B. das richterliche Urtheil, die confessio in iure, der Eid und das Compromiß; theils diesen Zweck wenigstens haben können, wenn auch das Gebiet ihrer Wirksamkeit keineswegs auf ungewisse Rechtsverhältnisse beschränkt ist, z. B. der vertragsmäßige Erlaß und die vertragsmäßige Anerkennung eines Rechtsanspruches des Gegen-

---

3) L. 11. C. II. 4.

4) Z. B. Vergleich über Alimente. L. 8. D. 2. 15.

5) Z. B. der Rechtsstreit war durch ein rechtskräftiges Urtheil entschieden worden. Vgl. L. 7. pr. L. 11. D. 2. 15.

6) Vgl. die Citate aus nichtjuristischen Schriftstellern bei Risch a. a. O. S. 7, N. 5. Aus den römischen Rechtsquellen gehören hierher L. 229. 230. D. 50. 16.

7) Es geschieht dies indirect schon durch L. 1. D. 2. 4., direct aber durch L. 13. 16. C. II. 4.

theiles, welche häufiger noch bei unbestrittenen als bei bestrittenen Ansprüchen vorkommen. Zu 3). Die allgemeinste Antwort auf diese Frage ist, daß durch Vertrag der Parteien (consensu partium) der Vergleich seinen Zweck der Beseitigung von Rechtsungewißheit erreiche [8]). Damit ist aber der Charakter des Vergleiches noch nicht erschöpft und derselbe vor allen anderen Instituten verwandter Natur noch nicht charakterisirt. Als ferneres, die Art und Weise der vertragsmäßigen Beseitigung der Rechtsungewißheit näher charakterisirendes Moment tritt hinzu, daß der Vergleichsvertrag kein schlechthin lucrativer, vielmehr ein entgeltlicher (im weiteren Sinne des Wortes) ist, d. h. der Vergleich kann nicht in einem blos einseitigen Nachgeben des einen oder anderen Theiles bestehen, sondern beide Theile müssen von ihren ursprünglichen Prätensionen so weit nachlassen, bis die beiderseitigen Behauptungen endlich in einem Punkte zusammentreffen [9]). Dieses Erforderniß der Gegenseitigkeit gilt nicht blos von dem Vergleiche über streitige Rechtsansprüche, sondern analog auch vom Vergleiche über sonstige res dubiae. Nur kann im letzteren Falle nicht in eben der Weise, wie bei dem Vergleiche über streitige Ansprüche, von einem gegenseitigen Nachgeben in den ursprünglichen Prätensionen gesprochen werden, da man dort überhaupt keine solche, von Anfang an einander entgegengesetzte Behauptungen erblickt, wie bei dem Vergleiche über streitige Ansprüche, wo der Eine vor der Vereinigung im Vergleiche ein Maximum als Petitum hingestellt, der Andere einen völligen oder theilweisen Widerspruch entgegengesetzt hatte. Das gegenseitige Nachgeben der sich vergleichenden Parteien muß aber in einem weiteren Sinne verstanden werden, nicht als ob in jedem Falle beide Parteien gerade mit Bezug auf das im Streite befangene Verhältniß selbst nachgeben müßten; vielmehr ist ein wahrer Vergleich auch dann vorhanden, wenn zwar der Kläger seinen ganzen Anspruch fahren läßt, bezüglich der Beklagte dem ganzen Gesuche des Klägers willfährt, dafür aber doch immer der gegenüberstehende Theil in anderer Weise, d. h. durch Einräumen eines anderweiten Vermögensvortheiles (dando, promittendo, liberando) eine Vergeltung bietet. Der Vergleich erscheint sonach als jenes Institut, welches eine Rechtsungewißheit, insbesondre eine durch Bestreitung entstehende Ungewißheit, vertragsmäßig mittelst gegenseitigen Nachgebens der pacisćirenden Parteien zu beseitigen bezweckt, oder noch prägnanter formulirt: der Vergleich ist ein *entgeltlicher Vertrag, welcher die Beseitigung einer Ungewißheit von Rechtsansprüchen unter den Vertragschließenden zum unmittelbaren Inhalte hat* [10]). Werfen wir noch

8) L. 15. C. II. 4.

9) L. 38. C. II. 4.: Transactio nullo dato, seu retento, vel promisso minime procedit.

10) Dies ist die Definition des Vergleiches von *Risch* a. a. O. S. 10, welcher durch die angegebene Beantwortung obiger drei Fragen zu diesem Begriffe gelangt.

einen Blick auf die Definitionen anderer Juristen und neuerer Gesetzbücher[11]), so ist Folgendes zu bemerken. Donellus in der Einleitung zu seinem Commentar über den Codextitel de transactionibus definirt in folgender Weise: definiemus transigere, ut sit litem dubiam, quae vel sit vel in futurum metuatur, consensu finire hac lege, ut is, cuius de ea re petitio esse potuit, eam omnen litem remittens quid eo nomine accipiat. Dieser Definition fehlen die zwei wesentlichen Merkmale einer guten Definition, nämlich Kürze und Elasticität zur Erschöpfung des Inhaltes. Treffender ist die von Vinnius aufgestellte, von der ganzen holländischen Schule (Noodt, Schulting) angenommene und mit unwesentlichen Modificationen auch von den teutschen Juristen des vorigen Jahrhunderts bis zu Glück herab beibehaltene Definition: transactio est conventio, qua res dubia vel controversa, aliquo dato, vel retento, vel promisso terminatur; eine Definition, welche mit Rücksicht auf die in der Note 9 angeführte Codexstelle aufgestellt ist. Von den in unseren Pandektenlehrbüchern aufgestellten Definitionen stimmt die von Arndts[12]) im wesentlichen mit der oben gegebenen überein: der Vergleich ist ein Vertrag, der eine Ungewißheit von Rechtsansprüchen zu beseitigen bezweckt, indem beiderseits von dem vermeintlichen Rechte etwas nachgelassen wird. Der Definition von Puchta[13]): „der Vergleich ist die vertragsmäßige Umwandelung eines streitigen oder sonst ungewissen Rechtsverhältnisses in ein gewisses" fehlt, abgesehen davon, daß auch das Compromiß hierunter fällt, die Berücksichtigung des den Vergleich vor dem unbedingten Verzichte charakterisirenden Momentes der Gegenseitigkeit des Nachgebens. Etwas holperig erscheint die Definition von Schweppe[14]): der Vergleich ist ein Vertrag, durch welchen man sich mittelst gegenseitigen Nachgebens und so, daß jeder der Theile etwas empfängt, über ungewisse Ansprüche vereinigt. Der Beisatz „so, daß jeder der Theile etwas empfängt" ist dem schon hinreichenden „mittelst gegenseitigen Nachgebens" gegenüber ohne Bedeutung; denn entweder sollen beide Ausdrücke dasselbe bedeuten, welchenfalls jener Beisatz eine für eine Definition unpassende unnütze Tautologie ist, oder der Beisatz soll mehr sagen als das vorher Gesagte, welchenfalls er zu schiefer Auffassung der Sache führt. Die Definitionen von Wening-Ingenheim, Seuffert und Anderen stimmen im wesentlichen mit der oben von Risch aufgestellten, hier angenommenen, überein. Von den neueren Gesetzbüchern stellt das preuß. Landrecht folgende befriedigende Definition auf: Vergleiche sind Verträge, durch welche die Parteien die bisher unter ihnen streitig oder zweifelhaft gewesenen Rechte dergestalt bestimmen, daß wechselseitig etwas

11) Vgl. Risch a. a. O. S. 10 flg.
12) Arndts, Pandekten §. 269.
13) Puchta, Pandekten §. 294.
14) Schweppe, röm. Privatrecht Bd. 3, §. 522.

gegeben oder nachgelassen wird. Fast gleichlautend ist die Bestimmung des österreich. Gesetzbuches[15]; nur charakterisirt es schon von Anfang an den Vergleich als einen „Neuerungsvertrag", eine Bezeichnung, welche nur in einem ganz beschränkten Sinne richtig und leicht geeignet ist, die wahre Auffassung desselben zu verrücken. Sehr unbefriedigend definirt das französische Gesetzbuch[16]) den Vergleich: la transaction est un contrat, par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Es ist hier, abgesehen von der in Vergleichung mit dem römischen Rechte viel engeren Fassung des Gegenstandes des Vergleiches, welcher hier lediglich als ein gegenwärtiger oder zu befürchtender Rechtsstreit erscheint, nicht als res dubia in dem weiteren früher angegebenen Sinne, insbesondre die Berücksichtigung des Momentes der Gegenseitigkeit gänzlich zu vermissen. Jedoch hat die französische Jurisprudenz, wie Merlin[17]) darthut, stets das gegenseitige Nachgeben der Parteien als wesentliches Moment im Begriffe des Vergleiches betrachtet und darum denselben wesentlich auf der römischen Grundlage forterhalten. B. Rechtliche Natur des Vergleiches. 1) Verschiedene Auffassungen. Von den Zeiten der Glossatoren bis herab zu Glück ist es eine der bestrittensten Fragen, ob die transactio des römischen Rechtes sich als pactum nudum oder als Contract charakterisire, und im letzteren Falle, ob sie zu den benannten oder unbenannten Contracten zu rechnen sei. Die Frage wurde von Verschiedenen verschieden beantwortet; die Oberhand gewann im ganzen die mehr eklectische von Noodt, nach welcher die transactio regelmäßig als pactum nudum erscheint, allerdings aber auch als benannter oder unbenannter Contract zum Dasein kommen kann[18]). In der neueren Literatur findet bis jetzt noch keine Uebereinstimmung in der Auffassung des allgemeinen Gesichtspunktes, von welchem aus der Vergleich zu begreifen und ihm seine Stellung im Systeme anzuweisen ist, statt, woraus sich die ganz verschiedene Stellung des Vergleiches in den verschiedenen Systemen erklärt. Die meisten Rechtssysteme stimmen in Ansehung der systematischen Stellung des Vergleiches darin überein, daß sie denselben in das Obligationenrecht versetzen, wofür sich auch Savigny[19]) noch in neuester Zeit ausgesprochen hat. Diese Uebereinstimmung hört aber sofort auf bei Beantwortung der Frage: wohin ist der Vergleich im Obligationenrechte zu stellen? Im ganzen und großen sind es zwei verschiedene Standpunkte, von welchen aus unsere Juristen den Vergleich behandeln. Der erste Gesichtspunkt ist der, ihn als eine besondere Art der Aufhebung von Schuldverhältnissen (modus tollendi obligationes) aufzufassen und demgemäß im allgemeinen Theile des

15) Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch Art. 1380.
16) Code civil art. 2044.
17) Merlin, Repertoir, mot „transaction".
18) Vgl. darüber Glück a. a. O. Bd. 5, S. 4—6.
19) Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 7, S. 1, 2.

Obligationenrechtes unter den Aufhebungsgründen der Obligationen zu behandeln. Diese Auffassung liegt den Systemen von Arndts, Puchta, Mühlenbruch, Sintenis und Anderen zum Grunde. Der zweite Gesichtspunkt ist, daß man den Vergleich als Consensualcontract des neueren Rechtes auffaßt und deshalb im speciellen Theile des Obligationenrechtes in der Reihenfolge der einzelnen, insbesondre gegenseitigen Schuldverträge behandelt. Auf dieser Auffassung beruhen im wesentlichen, abgesehen von geringeren Abweichungen bei der Rubricirung im einzelnen, die Systeme von Schweppe, Seuffert, Wening-Ingenheim, Vangerow und Göschen. Es ist nun zu prüfen, ob und inwieweit eine jede dieser Auffassungen die rechtliche Natur des Vergleiches zu charakterisiren im Stande sei. 2) Der Vergleich als Aufhebungsart von Obligationen betrachtet. Stellt man den Vergleich unter die Aufhebungsarten der Obligationen, so will man ihn zunächst als vertragsmäßige Aufhebung von Forderungen betrachtet wissen, der wirklichen Zahlung und ihren Surrogaten gegenüber; man stellt ihn von hier aus unter die „befreienden Verträge“. Dann erkennt man an, daß der Vergleich nicht schlechthin befreie, wie der reine Erlaßvertrag, sondern daß immer an die Stelle der durch den Vergleich aufzuhebenden Forderung ein neues trete, also eine Art Novation vorgenommen werde. Zur Prüfung der Haltbarkeit dieses Gesichtspunktes für die Erkenntniß der rechtlichen Natur des Vergleiches sind folgende drei Fragen zu beantworten: a) Kann der Vergleich als Aufhebungsgrund von Schuldverhältnissen in Betracht kommen? b) Ist er immer und nothwendig mit der Aufhebung von Obligationen verbunden? c) Giebt dieser Gesichtspunkt wenigstens die Hauptseite für die Erkenntniß der rechtlichen Natur des Vergleiches an? Zu a) Die erste Frage ist unbedingt zu bejahen; sie kann nicht verneint werden, ohne daß man in den entschiedensten Widerspruch mit den Quellen geräth, welche eine Menge von Beispielen dafür enthalten, daß nicht nur der Vergleichsvertrag die bestrittenen Schuldverhältnisse selbst ganz oder theilweise löst, sondern daß auch ganz unbestrittene Schuldforderungen transactionis causa erlassen werden können. Zu b) Die zweite Frage ist ebenso entschieden zu verneinen, wozu folgende doppelte Erwägung führt: aa) die Aufhebung, bezüglich das Aufgeben einer obligatio setzt das, wenigstens prätendirte, Dasein einer solchen voraus; durch die Stellung des Vergleiches unter die Aufhebungsarten von Obligationen beschränkt man von selbst das Gebiet desselben auf das der Schuldverhältnisse. In der That stellen aber auch die vorerwähnten Schriftsteller nicht in Abrede, daß ein Vergleich auch über dingliche Klagen (sachenrechtliche, erbrechtliche Präjudicialklagen) stattfinden könne. Es kann dies auch, Angesichts der Quellen, welche in mehreren Stellen[20]) Vergleiche letzterer Art erwähnen, gar nicht in Ab-

20) Vgl. L. 2. 9. 10. 11. 43. C. II. 4.

rede gestellt werden. Hiernach kann also der Vergleich nicht in das Obligationenrecht unter die Aufhebungsgründe der Obligationen gestellt werden. bb) Unhaltbar ist es, dem Vergleiche immer liberatorische Wirkung zuzuschreiben. Es lassen sich Vergleiche denken, bei welchen der juristische Blick nach keiner Seite hin ein Aufgeben[21]) von Ansprüchen bemerkt. Z. B. A. erhebt eine Forderung gegen B. auf 1000, B. leugnet diesen Anspruch; statt der Entscheidung durch ein Urtheil einigen sich Beide im Wege des Vergleiches dahin, daß B. die Forderung des A. anerkennt und dafür A. den B. mit einem Grundstücke abfindet. Unzweifelhaft sind hier alle Voraussetzungen eines wirklichen Vergleiches vorhanden; nirgends aber ist etwas von einer vertragsmäßigen Aufhebung einer obligatio zu bemerken; im Gegentheile, es wird ein Anspruch anerkannt, außer Streit gesetzt. Allerdings kommt hier noch etwas in Betracht, was mit dem römischen Formelwesen zusammenhängt; wenn nämlich eine vorher bestrittene Forderung nunmehr vom Schuldner im Wege des Vergleiches anerkannt wurde, so geschah dies bei den Römern größerer Sicherheit wegen regelmäßig in der Weise, daß die alte Schuld durch Acceptilation getilgt und nun die neue an ihrer Statt durch Stipulation begründet wurde. Hier ließ sich allerdings sagen, durch den Vergleich sei die alte obligatio aufgehoben und eine neue an ihrer Statt begründet worden. Dabei ist aber nicht zu übersehen, erstens, daß dies auch bei den Römern nur Form war, indem dann die neue Obligation doch materiell denselben Inhalt hatte wie die alte, nur daß jetzt aus der Stipulation, nicht mehr aus dem der früheren Obligation zum Grunde liegenden Rechtsverhältnisse geklagt wurde; zweitens, daß für unser heutiges Recht, welchem eine solche Formaltheorie fremd ist, jene römische Betrachtungsweise nicht mehr zulässig ist. Vielmehr ist für unser Rechtsbewußtsein die durch den Vergleich außer Streit gesetzte Obligation dieselbe, welche sie auch vorher war; der Gläubiger hat die Wahl, ob er aus dem Vergleiche klagen oder die alte Obligation geltend machen will, wenn er mit der letzteren nur nicht mehr und nichts Anderes verlangt, als was ihm durch den Vergleich zugestanden worden ist. Zu c) Auch die dritte Frage ist zu verneinen. Es ist zwar nicht zu leugnen, daß der liberatorische Vertrag eine sehr häufige Anwendung bei dem Vergleiche findet und daß der Vergleich, insofern er seiner Tendenz nach immer an die Stelle eines ungewissen Rechtsverhältnisses ein gewisses setzt, eine innere Verwandtschaft mit der Novation hat. Allein die eigenthümliche Natur des Vergleiches, nämlich an die Stelle von ungewissen, insbesondre streitigen Rechtsverhältnissen gewisse und unbestrittene zu setzen, wird durch jene

21) Es ist hier nur der juristische Begriff des Verzichtes auf Rechtsansprüche von dem blos ökonomischen des Nachgebens und Einbüßens zu unterscheiden; das Letztere muß nicht gerade in der Form eines Verzichtes, sondern kann auch in der Form der Uebernahme einer Verbindlichkeit geschehen.

Auffassung des Vergleiches so wenig getroffen, daß man sie vielmehr erst in die Definition hineintragen muß, anstatt von ihr aus den Ausgangspunkt für die ganze systematische Stellung und Behandlung des Institutes zu nehmen. 3) Der Vergleich als Consensualcontract des neueren Rechtes betrachtet. Das Unbefriedigende der eben dargestellten Auffassung des Vergleiches mag veranlaßt haben, daß eine nicht unbedeutende Anzahl namhafter Juristen gerade den entgegengesetzten Weg eingeschlagen und den Vergleich, statt ihn, wie jene, als Aufhebungsart von Obligationen zu betrachten, unter die Schuldcontracte, insbesondre unter die zweiseitigen [22]), gestellt haben. Der Vergleich erscheint hier als obligatorischer Vertrag im engeren Sinne, d. h. als Schuldvertrag, als Entstehungsgrund von Schuldverhältnissen. Bei Prüfung dieser Betrachtungsweise kommen dieselben drei Fragen, wie sie unter 2. aufgestellt worden sind, in Betracht und sind zu beantworten. a) Die erste Frage, ob der Vergleich als Grund der Entstehung von Schuldverhältnissen in Betracht kommen könne, ist unbedingt zu bejahen. Ja es kann auch hier nicht blos auf der einen Seite ein Schuldverhältniß, welches prätendirt worden war, außer Streit gesetzt (also für den Fall, daß dasselbe in der That vorher nicht begründet war, neu geschaffen), sondern es kann zugleich auf der anderen Seite zur Entschädigung dessen, welcher die prätendirte Forderung anerkennt, eine Obligation erst ganz von neuem begründet werden. b) Die zweite Frage, ob der Vergleich immer und nothwendig obligatorisch wirken müsse, ist richtiger zu verneinen. Ein Vergleich kann, wie bereits vorher bemerkt worden ist, durch Verzicht nicht blos auf der einen, sondern geradezu auf beiden Seiten bewerkstelligt werden [23]). In einem solchen Falle kann überall nicht von einem Schuldvertrage und sogar von einem zweiseitigen Schuldvertrage gesprochen werden, da der Vergleich geradezu durch das Gegentheil des Obligirens, nämlich durch Liberiren, bewirkt wird. Von zwei Seiten her aber könnte man versucht sein und hat in der That versucht, die obligatorische Natur des Vergleiches auch in Fällen der letzteren Art zu retten. Das erste Argument schöpft man aus dem

22) Im einzelnen weichen sie allerdings rücksichtlich der Stellung des Vergleiches ab. Göschen schafft eine eigene Kategorie von „anderen Hauptverträgen", unter welchen er alle zusammenfaßt, für welche er an anderen Orten seines Systems keinen Platz findet (die Schenkung, Spielverträge und Wetten, Vergleich nebst Compromiß). Wening-Ingenheim behandelt den Vergleich in der Reihe der „wesentlich zweiseitigen Obligationen". Holzschuher stellt ihn unter die accessorischen Verträge neben die Intercessionen. Schweppe behandelt den Vergleich unter der größeren Kategorie der pacta nuda neben Schenkungen, Intercession, Spiel- und Wettvertrag u. s. w. Seuffert hat eine besondere Kategorie „Verträge zur außergerichtlichen Beseitigung zweifelhafter Rechtsverhältnisse", unter welcher er Vergleich, Eid und Compromiß zusammenstellt.

23) Ein recht anschauliches Beispiel dafür in den römischen Rechtsquellen bietet L. 11. C. II. 4., wo der Fall eines wirksamen Verzichtes, welcher durch ein beiderseitiges pactum de non petendo eingegangen wurde, vorliegt.

eigenthümlichen Charakter des römischen pactum de non petendo, welcher darin bestehen soll, daß es nicht eine Aufhebungsart, sondern vielmehr eine Begründungsart von Obligationen sei[24]). Allein, abgesehen davon, daß dieser Argumentation eine unrichtige Auffassung des pactum de non petendo zum Grunde liegt, ist dabei übersehen, daß es heutzutage gar kein formelles Criterium mehr giebt, ob ein Verzicht auf eine Forderung als römisches pactum de non petendo oder als Acceptilation, d. h. als völlige Vernichtung des obligatorischen Anspruches gemeint sei. Einleuchtend ist, daß im letzteren Falle wenigstens nicht von einem obligatorischen Vertrage die Rede sein kann. Ein anderer Versuch, den Gesichtspunkt des Schuldvertrages für den Vergleich zu retten, ist der, daß man Vergleich, Eid und Compromiß unter derselben Kategorie „Verträge zur außergerichtlichen Beseitigung zweifelhafter Rechtsverhältnisse“ zusammenstellt. Der hierbei zum Grunde liegende Gedanke scheint zu sein: da es Sache des freien Willens der Parteien ist, ob sie ihren Rechtshandel auf dem Wege der Güte, statt auf dem Rechtswege, austragen wollen, so bedarf es, um den ersten Weg zum alleinigen zu machen, vor allem eines obligatorischen Consenses; dieser erscheint bei dem Compromiß als ein von der eigentlichen Streitentscheidung abge-

---

24) Diese Ansicht von der Natur des pactum de non petendo vertritt vorzüglich Völderndorff-Waradein, in seiner Abhandlung „Etwas von Nachlaßverträgen“ Erlangen 1788. Er will hier rechtsgeschichtlich nachweisen, daß das alte pactum, ursprünglich identisch mit dem pactum de non petendo, gar nichts mit der streitigen obligatio als solcher zu thun hatte, sondern lediglich den Kläger verpflichtete, von der ferneren processualischen Geltendmachung des Anspruches abzustehen. Er nimmt diese Anschauungsweise des pactum de non petendo auch noch für das neueste römische, bezüglich das heutige Recht in Anspruch. Auch der neueste Schriftsteller über diesen Gegenstand, Scheurl, Beiträge Heft 2, „über den Erlaßvertrag“, bestreitet dem pactum de non petendo den Charakter eines wahren Erlaßvertrages, indem er den Satz aufstellt: der Schuldner wird bei dem pactum de non petendo gar nicht freigesprochen, sondern es wird ihm nur eine Gegenforderung gegeben, zu verlangen, daß ihm nichts mehr angefordert werde; dennoch erkennt er das Justinianeische pactum de non petendo als wirkliche, wenn auch etwas unvollkommener wirkende Aufhebungsart der Obligationen (nicht mehr blos der actio) an. In der That widerstrebt es unserem Rechtsgefühle, wie Risch a. a. O. S. 20, N. 5 mit Recht bemerkt, daß der Gläubiger, welcher einen obligatorischen Anspruch aufgeben will, zu diesem Behufe eine obligatio als Gegenschuldverpflichtung eingehe; der seitherige Schuldner soll durch das mit dem Gläubiger eingegangene pactum de non petendo nicht Gläubiger seines Gläubigers werden, sondern die Absicht desselben geht lediglich dahin, von der bisherigen Obligation loszukommen; kurz, es soll keine neue obligatio (ad non petendum) begründet, sondern die bestehende in ihrer Wirksamkeit gehemmt werden. Daß dies in Wahrheit auch die Anschauung des neueren römischen Rechtes ist, ergiebt sich zur Genüge aus den Gesetzstellen (L. 32 §. 1. L. 40. §. 2. L. 56. D. 12. 6.), welche eine Zurückforderung des irrthümlich, ungeachtet eines geschlossenen pactum de non petendo, Gezahlten mittelst der condictio indebiti gestatten; diese Zurückforderung des so Gezahlten als eines indebitum mit der gedachten Condiction ließe sich gar nicht erklären, wenn das pactum de non petendo die seitherige Obligation gar nicht berührte, sondern blos eine obligatorische, nicht eine liberatorische Wirkung hätte.

sondertes Geschäft; bei dem Vergleiche fällt es zwar regelmäßig mit der Beseitigung des Streites selbst zusammen, läßt sich aber wenigstens in der Abstraction als ein immerdar obligatorischer Bestandtheil aus dem im übrigen auch liberatorischen Inhalte des Vergleiches ausscheiden. Diese Argumentation ist aber unrichtig und namentlich liegt der Fehler darin, daß man nicht unterscheidet zwischen Vergleich (transactio im eigentlichen Sinne) und zwischen pactum de transigendo. Denn zwei in Streit befangene Parteien können sich vereinigen, ihren Streit, der auch schon wirklich gerichtlich anhängig sein kann, im Wege der Güte auszutragen; damit ist aber noch kein Vergleich geschlossen. Hiernach ist obige Frage zu verneinen und somit dem Vergleiche die obligatorische Bedeutung als eine absolut nothwendige abzusprechen[25]). c) Die dritte Frage, ob die Auffassung des Vergleiches als eines Schuldvertrages wenigstens die Hauptseite für die Erkenntniß der juristischen Natur des Vergleiches gebe, ist durch die bisherige Erörterung stillschweigend verneint. 4) W a h r e r e c h t l i c h e N a t u r d e s V e r g l e i c h e s. An der Hand der auf Grund sicherer Quellenaussprüche aufgestellten Definition ist nun die charakteristische Natur des Vergleiches dadurch festzustellen, daß man das ihm Eigenthümliche vor anderen Instituten, mit welchen er übrigens viel Gemeinsames hat, hervorhebt. In dieser Hinsicht ist Folgendes hervorzuheben: a) der Vergleich ist ein Vertrag, was der allgemeinste Gesichtspunkt ist, welcher für den Vergleich sich aufstellen läßt. Der Vertrag in seiner weitesten Bedeutung als „übereinstimmende Willenserklärung Mehrerer, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden", hat im Gebiete des Vermögensrechtes, welche Richtung des Vertrages für die jetzige Betrachtung von vorzüglichem Interesse ist, wieder eine dreifache Richtung: als obligatorischer (Schuldverhältnisse begründender), liberatorischer (von Rechtsansprüchen befreiender) und sachenrechtlicher Vertrag. Wenn man nun fragt, welcher dieser drei Richtungen der Vergleich angehöre, so ist die Antwort schon in den früheren Erörterungen enthalten: der Vergleich ist weder specifisch obligatorisch, noch specifisch liberatorisch, noch ausschließlich sachenrechtlich; vielmehr dienen ihm alle drei Richtungen, er erfüllt das ganze Gebiet des vermögensrechtlichen Vertrages. Er ist darin der Schenkung ähnlich, welche ebenfalls keiner der vorerwähnten drei Grundformen des vermögensrechtlichen Vertrages ausschließlich sich unterwirft, sondern, indem sie, wie der Vergleich, als causa der verschiedenartigsten Rechts=

---

25) Es läßt sich aber nicht blos der obligatorischen Wirkung des Vergleiches die liberatorische als eine jener ganz gleichberechtigte gegenüberstellen, sondern man darf auch noch einen Schritt weiter gehen und anerkennen, daß ein Vergleich auch durch unmittelbares Ueberlassen von Sachen, bezüglich Bestellung von dinglichen Rechten bewerkstelligt werden könne, z. B. A. verzichtet auf das von ihm prätendirte Eigenthum eines Grundstückes, wofür ihm B. sofort im Vergleichsvertrage das dingliche Nießbrauchsrecht an einem dem B. eigenthümlichen Grundstücke einräumt.

geschäfte erscheint (promittere, liberare, dare) das ganze Rechtsgebiet erfüllt[26]). b) Der Vergleich ist ein oneroser Vertrag. Damit ist der Vergleich durchaus nicht unter die gegenseitigen Schuldverträge gestellt, da ihm vielmehr das ganze Vertragsgebiet vindicirt werden muß, wie oben unter a. bemerkt wurde. Das Moment der Gegenseitigkeit will nur so viel bedeuten, daß die Willensmeinung der Parteien nicht darauf gerichtet sein dürfe, dem einen Theile schlechthin auf Kosten des anderen eine Vermögensbereicherung zuzuwenden; denn dann wäre überall kein Vergleich, sondern eine Schenkung, mindestens eine Liberalität, vorhanden. Der Vergleich als ein gegenseitiger Vertrag nimmt jedoch vor anderen gegenseitigen Verträgen dadurch eine eigenthümliche Gestalt an, daß er nicht, wie diese, als ein einfaches, sondern regelmäßig als ein aus disparaten Elementen zusammengesetztes Geschäft sich darstellt. c) Der Vergleich ist jedoch nicht der gegenseitige Vertrag, sondern nur ein gegenseitiger Vertrag. Zur Heraushebung desselben aus der Concurrenz mit allen anderen gegenseitigen Verträgen bedarf es der Erkenntniß dessen, was diesem gegenseitigen Vertrage seinen eigenthümlichen Vergleichscharakter giebt. Darüber, worin dieses dem Vergleiche eigenthümlichste Moment bestehe, geben unsere Quellen auf indirecte wie auf directe Weise, beide Male klar und untrüglich, Aufschluß. Die indirecte, darum aber nicht minder werthvolle Belehrung, welche uns unsere Quellen über die eigenthümliche Natur des Vergleichsvertrages geben, ist in der besonderen Stellung enthalten, welche unsere bezüglichen Quellentitel in der Justinianeischen Compilation, bezüglich in dem derselben als Typus dienenden prätorischen Edicte erhalten haben. Der Titel der Digesten und des Codex „de transactionibus" folgt in beiden Sammlungen unmittelbar auf den Titel „de pactis" und steht mit dem letzteren nicht etwa in der Reihenfolge der Titel, welche über die vertragsmäßige Entstehung oder Aufhebung von Obligationen handeln, sondern sie stehen bedeutsamer Weise ganz vorn in der prima pars, in der processualischen Einleitung, welche unsere Quellen der Darstellung des materiellen Rechtes vorausschicken und zwar direct hinter dem Titel „de edendo", welcher die erste gerichtliche Verhandlung der Parteien entwickelt. Die in der Justinianeischen Compilation getrennten Titel „de pactis" und „de transactionibus" waren aber, wie zur höchsten Wahrscheinlichkeit erhoben ist, ursprünglich, d. h. im prätorischen Edicte zu Einem Titel, welcher entweder blos die Rubrik „de pactis" oder die zusammengesetzte „de pactis et transactionibus" führte, verschmolzen[27]). Auf die Frage, worin diese durch die besondere Stellung des Transactionentitels vorn in dem processualischen Theile

---

26) Vgl. den Artikel Schenkung Bd. IX, S. 642, 657 flg. Die Gleichstellung des Vergleiches mit der Schenkung hat Savigny dadurch abgewiesen, daß er ausdrücklich dem Vergleiche seine Stellung im Obligationenrechte anweist; diese beschränkte Auffassung ist aber nach dem früher Bemerkten unhaltbar.

27) Vgl. darüber besonders Völderndorff a. a. O. S. 7—9.

unserer Quellen gegebene indirecte Belehrung über die juristische Natur des Vergleiches bestehe, ist die allgemeine Antwort die, daß unsere römischen Quellen, voraus das Edict, den Vergleich ursprünglich und primär als ein Institut zur friedlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten, also als ein Surrogat des richterlichen Urtheils, gekannt und entwickelt haben. Ueber die genauere Bewandniß dieser Natur des Vergleiches in der älteren Zeit des römischen Rechtes und über den weiteren geschichtlichen Entwickelungsgang lassen sich, im ganzen genommen, nur mehr oder weniger sichere Vermuthungen aufstellen; dabei hängt, wenigstens für die ältere Zeit, die Lehre vom Vergleiche auf das innigste mit der Lehre vom pactum de non petendo zusammen. Dieser Zusammenhang ist besonders von Völderndorff nachgewiesen, und den Resultaten seiner Untersuchungen, soweit sie die ältere Zeit, also die Geschichte des pactum de non petendo, betreffen, hat sich mit Recht auch Risch angeschlossen. Schon die 12 Tafeln kennen ein pactum mit der Wirkung, den Proceß auf gütlichem Wege zu beendigen. Dieses pactum der 12 Tafeln ist aber für jene Zeit nicht als eine specielle Anwendung des auch in anderen Hinsichten juristische Wirksamkeit besitzenden formlosen Vertrages (pactio) aufzufassen, sondern als das pactum κατ᾽ ἐξοχήν, d. h. das ältere römische Recht kennt als einen formlosen Vertrag von juristischer Wirksamkeit blos das negative proceßbeendigende pactum, das pactum de non petendo. Aber auch dieses negative pactum (d. n. p.) unterschied sich, sowohl in den Voraussetzungen als in den Wirkungen, wesentlich von dem p. d. n. p. des späteren, insbesondre des Justinianeischen Rechtes: das ursprüngliche pactum war lediglich processualischer Natur, d. h. es konnte nur in Bezug auf schon vor dem Magistrat (in iure) vorgebrachte Rechtsansprüche angewendet und mußte alsdann auch in iure erklärt werden, um die Wirkung zu haben, daß dem Kläger die fernere Verfolgung seines Anspruches unmöglich gemacht wurde. Zudem war es anfangs nur bezüglich auf wahre Rechtsfriedensbrüche anwendbar, dehnte aber seine Sphäre alsdann auf Rechtsstreite überhaupt als eigentliches pactum de non petendo aus. Durch die fernere Entwickelung wurde jedoch das alte pactum wesentlich nach einer zweifachen Richtung umgestaltet: erstens trat neben das seither allein rechtliche Anerkennung und Wirksamkeit genießende negative pactum nunmehr auch das sog. positive pactum[28]); zweitens nahm das negative pactum selbst mit Bezug auf obligatorische Verhältnisse statt des früheren rein processualischen Charakters nunmehr die Bedeutung einer wah-

---

28) Das pactum nahm also nun die universelle Bedeutung von pactio an; wollte man jetzt vom negativen pactum sprechen, so genügte es nicht mehr, vom pactum schlechthin zu reden, sondern es mußte auch jener unterscheidende Beisatz hinzukommen (als pactum de non petendo). Die bedeutende Nachwirkung jenes ursprünglichen Zustandes zeigt sich darin, daß wir noch heutzutage von einer exceptio pacti sprechen, worunter immer die exceptio pacti de non petendo verstanden wird.

ren Aufhebung von Obligationen an. Diese Umgestaltung zeigte sich sowohl in den Voraussetzungen der Anwendbarkeit, indem ein p. d. n. p. nun nicht mehr blos hinsichtlich rechtshängiger Ansprüche, sondern auch außerhalb des Processes selbst mit Bezug auf ganz unbestrittene Ansprüche vorkommen konnte, als auch in den Wirkungen desselben, indem es die obligatio zerstörte, wenn auch nicht immer ipso iure, was nur in Bezug auf die Rechtsfriedensbrüche schon in den 12 Tafeln anerkannt war, so doch ope exceptionis 29). Fragt man nach dem Verhältnisse, in welchem die transactio erstens zu dem ursprünglichen und zweitens zu dem fortentwickelten pactum gestanden habe, so ist, was das erste anlangt, es sehr wahrscheinlich, daß das alte processualische pactum sich zur transactio wie das genus zur species verhalten habe, so daß die vertragsmäßige Beendigung eines obwaltenden Rechtsstreites durch eine in iure erfolgende Erklärung der Parteien dann als transactio charakterisirt wurde, wenn sie nur gegen Entschädigung des Klägers für sein Abstehen vom Streite geschah, während das pactum schlechthin von dieser Entschädigung des Klägers absieht. Allein in eben dem Maße als das pactum im Laufe der Entwickelung umgestaltet wurde, mußte diese Umgestaltung auch auf die transactio und ihr Verhältniß zum pactum zurückwirken. Vorerst wurde auch die transactio mit dem pactum aus einer processualischen Handlung zu einer außergerichtlichen. Während aber das pactum seine Beziehung auf den Proceß so sehr verlor, daß es ohne alle Rücksicht auf gerichtliche oder außergerichtliche Bestreitung vorkommen konnte und mit Bezug auf obligatorische Ansprüche geradezu zur materiellen Aufhebungsart von Obligationen wurde, blieb dagegen der transactio das Andenken an den ursprünglichen Charakter doch noch insofern, daß man nicht über jegliches ganz und gar gewisse und unstreitige Verhältniß transigiren konnte; vielmehr wurde das Gebiet der transactio zunächst nur dahin erweitert, daß der Streit, welcher immerhin noch vorausgesetzt wird, gerade noch kein gerichtsanhängiger zu sein brauchte, sondern schon die Befürchtung eines Rechtsstreites genügte, eine transactio zu rechtfertigen. Allerdings erhielt das Gebiet des Vergleiches noch eine weitere, über die (gerichtlich oder außergerichtlich) streitigen Ansprüche hinausreichende Erweiterung, indem man, blos vom Moment der Ungewißheit ausgehend und den allgemeinen Zweck des Vergleiches, gewisse Rechtsverhältnisse herzustellen, allein berücksichtigend, überhaupt jeden Vertrag, welcher an die Stelle ungewisser

---

29) Diese Wirkung des p. d. n. p., die obligatio selbst und nicht blos die actio anzugreifen, wird zwar von Böldernborff und auch von Rudorff zu Puchta, Pandekten §. 297, N. a. selbst für das neuere Recht geleugnet. Allein die Gründe, welche Ersterer dafür geltend macht, haben blos rechtshistorisch Gewicht und halten eine Prüfung im Lichte des klassischen und Justinianeischen Rechtes, wo die condictio indebiti hinsichtlich des ungeachtet eines vorhergegangenen p. d. n. p. irrthümlich Gezahlten ausdrücklich gestattet wird (vgl. L. 32. §. 1. L. 40. §. 2. L. 56. D. 12. 6.), nicht aus. Risch a. a. O. S. 29, N. 11.

Rechtsverhältnisse gewisse setzte, als Vergleich charakterisirte, also ganz davon absah, ob die Parteien dabei an eine Verhütung oder Beendigung eines Processes dachten oder nicht. Unserem teutschen Rechtsbewußtsein ist aber die Ausdehnung des Vergleiches über das Gebiet streitiger Verhältnisse (rechtsanhängiger und solcher, deren gerichtliche Geltendmachung befürchtet wird) fremd; es kann z. B. die Ablösung einer Leibrente oder eines unständigen Gefälles nicht als Vergleich betrachtet werden, wenn die Parteien nicht die Absicht hatten, künftigen Processen vorzubeugen. Das römische Recht betrachtet solche Verträge in der That als Vergleiche [30]). Was zweitens das Verhältniß der transactio zu dem fortentwickelten pactum betrifft, so war es zwar, so lange das pactum lediglich die formelle Bedeutung einer processualischen Handlung hatte, durch welche der anhängige Rechtsstreit für immer beendigt wurde, durchaus gerechtfertigt, die transactio als species des pactum (de non petendo) zu begreifen; nachdem aber im Laufe der geschichtlichen Entwickelung das pactum zum liberatorischen Vertrage, zur materiellen Aufhebungsart von Obligationen geworden war, so ging diese Auffassung nicht mehr an, wenn man nicht die transactio selbst nur in Gestalt des liberatorischen Vertrages für möglich erklären wollte [31]); das pactum de non petendo ist jetzt nur mehr eine der Formen, in welchen ein Vergleich zum Dasein kommen kann. Das Resultat dieser, von der äußeren Stellung der Titel „de transactionibus" in den Justinianeischen Rechtsbüchern, bezüglich im prätorischen Edict ausgehenden und die geschichtliche Entwickelung der transactio verfolgenden Erörterung ist, daß die Quellen des römischen Rechtes in dem Vergleiche einen Vertrag erblicken, dessen wesentlichster Charakter und vorzugsweise Bestimmung es ist, „streitige Rechtsverhältnisse, statt auf gerichtlichem Wege durch Urtheil, in gütlicher Weise auszutragen, also ein friedliches (vertragsmäßiges) Urtheil zu sein." Dieses vorzugsweise Charakteristische des Vergleiches, dessen Urtheilsnatur, wird aber nicht blos in der bisher allein berücksichtigten indirecten Weise in den Quellen anerkannt, sondern dieselben sprechen es fast in jeder Stelle, oft in den prägnantesten Ausdrücken, auch direct aus [32]). Nach der bisherigen Erörterung sind es drei Momente, welche die rechtliche Natur des Vergleiches, allen anderen mehr oder weniger verwandten Instituten gegenüber, charakterisiren; diese drei Momente lassen sich in folgender Formel zusammen-

---

30) Dies beweisen L. 8. D. 2. 15. L. 11. C. II. 4.

31) Wollte man jetzt (bezüglich für das Justinianeische Recht) die transactio noch als species des pactum de non petendo betrachten, so hieße dies nicht mehr wie ehedem: „sie ist die entgeltliche Beseitigung der lis gegenüber dem indifferenten pactum" — sondern es hieße nunmehr: „die transactio kann nur geschlossen werden durch Verzicht des Klägers auf seinen Anspruch." Ueber das Unbefriedigende dieses Standpunktes hat man sich bereits oben ausgesprochen.

32) Für die Urtheilsnatur der transactio, sowohl was Voraussetzungen als Wirkungen betrifft, geben unter anderen folgende Stellen Zeugniß: L. 1. D. 2. 15. L. 12. 13. 16. 20. C. II. 4.

fassen: „der Vergleich ist ein Urtheil in Gestalt entgeltlichen Vertrages.“ Noch ist schließlich die Frage zu beantworten: welches dieser Momente ist als der die Natur des Vergleiches vorzugsweise charakterisirende und deshalb auch für die Stellung des Vergleiches im System vor allem maßgebende Gesichtspunkt hervorzuheben? An sich läßt sich ein Doppeltes denken. Entweder man faßt vorzugsweise jene Seite des Vergleiches in das Auge, von welcher aus er als Vertrag (insbesondre als entgeltlicher Vertrag) erscheint und läßt die Urtheilsnatur des Vergleiches nur als ein, seinen im ganzen vorwiegenden Vertragscharakter näher bestimmendes und vor anderen entgeltlichen Verträgen auszeichnendes Moment in den Vertragsbegriff erst hineingetragen werden. Von hier aus gehört der Vergleich unter die Verträge, aber wegen seiner universellen Natur weder unter die obligatorischen, noch unter die liberatorischen; seine Stellung wäre im allgemeinen Theile, und zwar geradezu neben der Schenkung, als der bestimmt charakterisirte entgeltliche Vertrag neben dem bestimmt charakterisirten unentgeltlichen Vertrage. Diese Stellung des Vergleiches hätte unverkennbar den Vorzug, durchaus erschöpfend zu sein, insofern sich eben kein Vergleich denken läßt, welcher nicht als entgeltlicher Vertrag erschiene. Oder man legt vorzugsweise auf die Urtheilsnatur des Vergleiches Gewicht und findet sein Wesen darin, daß er ein (vertragsmäßiges) Streitbeendigungsmittel ist; von diesem Gesichtspunkte aus stellt man ihn nicht neben die Schenkung, sondern neben das Urtheil. Welche Stellung vorzuziehen sei, hängt davon ab, ob man sich dabei von lediglich formellen und äußerlichen Erwägungen der größtmöglichen Allgemeinheit und Umfänglichkeit leiten läßt oder ob man die innere Verwandtschaft der Institute vor allem als maßgebend für die Systembildung betrachtet. Von der ersteren Rücksicht ausgehend, wird man den Vergleich in dem allgemeinen Theile des Systems neben der Schenkung bei dem Vertrage überhaupt behandeln, welchem er durch die Allgemeinheit seiner Natur und die Mannigfaltigkeit seiner Anwendungen gleichartig ist. Geht man dagegen von jener zweiten, materiellen Rücksicht aus, so wird man, ungeachtet der Unvollkommenheit des Gesichtspunktes und obgleich der Vergleich dadurch aus dem Zusammenhange mit dem Vertrage überhaupt herausgerissen wird, dennoch den Vergleich im Actionenrechte neben der res iudicata, deren Surrogat er ist, behandeln. Nach dem früher Bemerkten haben die Systeme der verschiedenen Rechtslehrer weder den einen, noch den anderen, sondern einen dritten, unrichtigen Weg eingeschlagen, indem sie den Vergleich entweder unter die Aufhebungsarten oder unter die Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen stellen. Aehnlich verhält es sich mit den neueren Gesetzgebungen. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch und das preußische Landrecht behandeln beide den Vergleich unter den „Aufhebungsarten der Rechte und Verbindlichkeiten“, und zwar ersteres im Zusammenhange mit der Novation, obwohl es zugleich erklärt, daß der Vergleich nicht immer nothwendig eine Novation ent-

halte und die Novation dabei nicht einmal zu vermuthen sei. Der Code civil behandelt die „transaction“ ganz systemlos hinter der Bürgschaft. Nur die bayerische Gesetzgebung ist sich der inneren Verwandtschaft des Vergleiches mit dem Urtheile bis zu dem Grade bewußt, daß sie denselben mit dem Compromiß unmittelbar nach dem Urtheile behandelt, alle diese Institute aber nicht dem materiellen Civilrechte, sondern dem Proceßrechte zuweist [33]). C. Abgrenzung des Vergleiches von verwandten Instituten. Die Beantwortung der Frage, welches die dem Vergleiche verwandten Institute seien, bezüglich von welchem Standpunkte dieselben aufzusuchen seien, hängt davon ab, worin man das wesentliche bleibende und den Vergleich vorzugsweise charakterisirende Moment erkennt. Legt man das Hauptgewicht auf die entgeltliche Vertragsnatur der transactio, so wären alle gegenseitigen Verträge derselben verwandt. Findet man aber, wie es in der That der Fall ist, den Kern des Vergleiches in dessen Urtheilsnatur, so sind als verwandte Institute vorzugsweise diejenigen anzuerkennen, welche an jenem Charakter Theil nehmen, „zweifelhafte Rechtsverhältnisse zu beseitigen“, welche also, wie der Vergleich, als modi litis finiendae erscheinen. Von hier aus eröffnet sich nun aber eine in dreifacher Gradation sich abstufende Verwandtschaftsbeziehung des Vergleiches zu anderen Streitbeendigungsmitteln: 1) Res iudicata mit ihrem Surrogate, der confessio in iure. Das Charakteristische dieser Stufe besteht in zwei Stücken: a) sie beendigt den Streit dadurch, daß sie formelle Wahrheit hinsichtlich des bis dahin streitig gewesenen Verhältnisses schafft; b) sie bedarf zur Erreichung dieses Zweckes der Proceßbeendigung nicht der Ermächtigung durch Vertrag der Parteien, indem das Urtheil auch in invitum geht. 2) Näher verwandt mit dem Vergleiche sind diejenigen Institute, welche zwar auch nach ihrer Natur eine „urtheilsmäßige Entscheidung“ des streitigen Verhältnisses geben und förmliche Wahrheit herstellen, welche aber erst auf Grund einer freien Willensübereinstimmung, eines Vertrages der streitenden Theile jene Function mit rechtsverbindlicher Kraft üben können; es sind dies der vertragsmäßige Eid und das Compromiß. 3) Am nächsten dem Vergleich verwandt sind diejenigen Institute, welche nicht nur den Zweck „litem finire“ mit ihm und den anderen oben erwähnten Instituten gemein haben, sondern auch, wie der Vergleich, diesen Zweck durch unmittelbare vertragsmäßige Verfügung über das streitige Verhältniß, statt, wie in den bisherigen Fällen, durch eigentliche „Entscheidung“, desselben erreichen. Diese Institute sind der unentgeltliche vertragsmäßige Verzicht des Klägers und das unentgeltliche vertragsmäßige Anerkenntniß des klägerischen Anspruches durch den Beklagten, beides Correlate der

---

33) Der Cod. iudic. bavar. cap. XVII. handelt über die Beendigung eines Rechtsstreites durch Vergleich u. s. w., nachdem cap. XIV—XVI. sich über die richterliche Entscheidung des Streites verbreitet haben.

unter 1. erwähnten einseitig-processualischen Handlungen. 1) Verhältniß des Vergleiches zum richterlichen Erkenntnisse. Daraus, daß der Vergleich ein „Urtheil in Gestalt entgeltlichen Vertrages" ist[34]), folgt, daß eine Verwandtschaft desselben mit dem Urtheile stattfindet. Es ist nun das Gemeinsame beider Institute und dann die Abweichungen beider darzustellen. a) Gemeinsam ist beiden erstlich der Gegenstand, auf welchen sich die Thätigkeit, hier des Richters, dort der Parteien, bezieht; denn res certa und lis finita kann als solche ebensowenig Gegenstand einer Proceßverhandlung als eines Vergleiches sein. Zweitens haben beide gemein den Zweck, „finire litem incertam", Beseitigung der bis jetzt obwaltenden Zweifelhaftigkeit des Verhältnisses. Auf dieser Gemeinsamkeit des Zweckes beruht dann erstens Verwandtschaft des richterlichen und vertragsmäßigen Erkenntnisses in Bezug auf das zweifelhafte Rechtsverhältniß und zweitens Verwandtschaft der Wirkungen, insofern in beiden Fällen die obschwebende Differenz erledigt und dadurch nicht blos der jetzige Rechtsstreit beendigt, sondern auch dessen Erneuerung für alle Zukunft ausgeschlossen wird. Ungeachtet der Wichtigkeit der Erkenntniß dieser wesentlichen Verwandtschaft zwischen Vergleich und Urtheil für die richtige Auffassung des Institutes ist aber nicht außer Acht zu lassen, daß der Vergleich nicht ein wirkliches Urtheil, sondern nur etwas dem Urtheile Aehnliches, Verwandtes ist. b) Der Gegensatz zwischen Vergleich und Urtheil legt sich schon in der Verschiedenheit des ersten Ausgangspunktes dar, welcher bei dem Vergleiche der freie Vertragswille der Parteien, ihre Differenz gerade in dieser Weise beizulegen, bei dem Urtheile die auf einseitiges Anrufen zum Schutze der die Privatverhältnisse regelnden Rechtsordnung thätig werdende öffentliche Richtergewalt ist. Diese Verschiedenheit des ersten Ausgangspunktes bringt eine wichtige Consequenz mit sich hinsichtlich der Wirkungen, insbesondre des freisprechenden Urtheils gegenüber dem Vergleiche und den anderen, auf einen ursprünglichen Vertrag zurückführenden modi litis finiendae (Compromiß, Eid). Das gegen eine wirklich bestehende Obligation ergangene Urtheil kann nur den civilrechtlichen, nicht den naturalen Bestandtheil der Obligation angreifen[35]); während dagegen der wirkliche Schuldner, welcher seine Nichtschuld beschworen oder durch schiedsrichterlichen Spruch für nicht verpflichtet erklärt oder endlich durch Vergleich befreit worden ist, nicht einmal mehr naturaliter verbindlich bleibt. Wichtiger ist eine zweite, in der Art und Weise wie einerseits das Urtheil und andererseits der Vergleich den gemeinsamen Zweck der Beseitigung der Rechtsungewißheit erreichen, gegründete Ver-

34) Diesen Charakter des Vergleiches hat auch die französische Jurisprudenz erkannt und drückt ihn so aus: la transaction est un jugement conventionel.

35) L. 28. D. 12. 6. Doch ist dies bestritten. Vgl. über die Streitfrage Fein, im Archiv f. civil. Praxis Bd. 26, S. 162 flg., 359 flg. Pfeiffer ebd. Bd. 38, S. 331 flg.

schiedenheit beider Institute, sowohl in formeller als in materieller Hinsicht. Formell erscheint das Urtheil als Ausspruch einer dritten, von der Staatsgewalt zum Richteramte autorisirten, physischen oder juristischen Person; der Vergleich hingegen erscheint als Ausspruch überhaupt nicht einer einzelnen und insbesondre nicht einer dritten Person, sondern als Ausdruck des gemeinsamen Willens beider streitender Theile mit Bezug auf das bisher zweifelhaft gewesene Rechtsverhältniß. Materiell betrachtet, hat das richterliche Urtheil die Aufgabe, das streitige Verhältniß nicht schlechthin, etwa auf willkürliche Art, zu beseitigen, sondern den Rechtsstreit im eigentlichen Sinne zu entscheiden, d. h. den Gegensatz der Behauptungen und Ansprüche der Parteien von dem höheren Standpunkte der Wahrheit aus in Einheit aufzulösen und so die vorgebliche Rechtsverletzung entweder zur Verneinung oder zur Anerkennung und Ausgleichung zu bringen; bei dem Vergleiche hingegen ist es von Anfang an nicht die Absicht, die Wahrheit des zweifelhaften Verhältnisses herauszustellen und sie an die Stelle der bisherigen Rechtsungewißheit zu setzen, sondern die sich vergleichenden Parteien verzichten vielmehr jetzt und für alle Zukunft auf eine eigentliche (richterliche) Entscheidung des streitigen Verhältnisses; sie setzen geradezu ein neues, willkürlich gemachtes Recht an die Stelle der seitherigen Rechtsungewißheit; das, was an die Stelle des bisherigen zweifelhaften Verhältnisses tritt, ist also nicht das erkannte Recht, sondern ein gewolltes Recht, nicht das vor dem Vergleiche schon dagewesene, durch die lis nur getrübte, sondern ein neues, von den dispositionsbefugten Parteien nach Gutdünken gemachtes Recht. Während also das Urtheil die innere Rechtfertigung seiner verbindlichen Kraft darin findet, daß es die in der Vergangenheit schon bestandene, vom Richter lediglich erkannte und durch seinen Ausspruch zur Anerkennung gebrachte Wahrheit des streitigen Verhältnisses sein will, wird die für die Parteien verbindliche Kraft des Vergleiches durch die freie Willensverfügung derselben gerechtfertigt. 2) **Verhältniß des Vergleiches zum vertragsmäßigen Eide und Compromiß.** Was a) das Gemeinsame dieser Institute anlangt, so kommen zunächst alle die Verwandtschaftsbeziehungen, welche sich zwischen Urtheil und Vergleich finden, ganz in gleicher Weise auch für das Verhältniß des Vergleiches zum Eide und Compromiß in Betracht, also insbesondre Gemeinsamkeit des Gegenstandes (lis incerta neque finita) und des Zweckes (finire litem). Was das Mehr der Verwandtschaft betrifft, was eben Eid und Compromiß um eine Stufe näher zum Vergleiche bringt und sie gewissermaßen zu einer „Art von Vergleichen" werden läßt[36], so erkennt man das „vergleichsartige" Moment bei Eid und Compromiß darin, daß beide modi finiendae litis ihren

---

36) Schon der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens und selbst der der Wissenschaft begreift Eid und Compromiß unter dem „Vergleich" (im weiteren Sinne des Wortes); selbst die römischen Rechtsquellen sagen vom Eide sowohl

primären Ausgangspunkt in der freien Willensübereinstimmung, im Vertrage der Parteien finden. Bei dem Compromiß liegt diese Vertragsnatur am Tage; allein auch die Streitbeendigung durch vertragsmäßigen Eid beruht auf dieser primären Grundlage; der Delat kann nur das mit Rechtswirkung beschwören, was ihm der Deferent als Schwursatz vorgelegt hat; indem er aber schwört, nimmt er diese Proposition an; es ist also Willensübereinstimmung zu einem rechtlichen Resultate, also Vertrag. Folge des Vertrages in dem einen wie in dem anderen Falle ist, daß die „vertragenden" Parteien hier das Beschworene, dort das schiedsrichterlich Entschiedene, als das an die Stelle der früheren Rechtsungewißheit tretende gewisse Verhältniß anerkennen müssen. Diese Vertragsnatur der beiden Institute, was ihren primären Ausgangspunkt, nicht was die Art und Weise der Streitbeendigung selbst betrifft, ist in den in der letzten Note angeführten Stellen unzweideutig anerkannt; ein Ausfluß dieser Vergleichsnatur des Eides und Compromisses gegenüber dem Urtheil ist bereits erwähnt worden, nämlich der, daß die eidliche sowohl wie die schiedsrichterliche Entscheidung eines Rechtsstreites auch den naturalen Bestandtheil der in der einen oder anderen Weise zur Verneinung gebrachten Obligation angreift. b) Die unterscheidenden Seiten in dem Verhältnisse von Eid und Compromiß zum Vergleiche beruhen wesentlich in dem wirklichen Urtheilscharakter, welcher den Eid und das Compromiß, sofern es sich um den streitbeendigenden Act selbst fragt, dem Vergleiche gegenüber auszeichnet. Der Vergleich beendigt den Streit unmittelbar consensu, d. h. dadurch, daß die Parteien in willkürlichem Vertrage an die Stelle des zweifelhaften Verhältnisses ein neues gewisses Verhältniß setzen. Dem Eide und dem Compromiß hingegen liegt eine solche Willkürlichkeit der Streitbeendigung fern; sie sind beide eigentliche Streitentscheidungsmittel, wie das richterliche Urtheil. Daher erscheint schon formell der judicatliche Act bei dem Eide und dem Compromiß nicht mehr als Vertrag, sondern als einseitige Handlung, entweder einer der Parteien selbst (des Schwörenden) oder eines dritten Nichtbetheiligten (des Schiedsrichters, arbiter). 3) V e r h ä l t n i ß d e s V e r g l e i c h e s z u m v e r t r a g s m ä ß i g e n V e r z i c h t e d e s K l ä g e r s, b e z ü g l i c h v e r t r a g s m ä ß i g e n A n e r k e n n t n i ß d e s B e k l a g t e n. Vom vertragsmäßigen Verzichte, bezüglich Anerkenntniß ist hier nur insofern die Rede, als beide wirklich den Charakter von modi litis finiendae haben, d. h. soweit sich beide innerhalb des Gebietes zweifelhafter Rechtsverhältnisse bewegen. Nicht gemeint ist der Fall, wenn z. B. Jemand eine ihm ganz unbestritten geschuldete und fällige Schuld schenkungsweise erläßt; hier kann von einer inneren Verwandtschaft des Verzichtes mit dem Vergleiche nicht die Rede sein. Daß man überhaupt auf streitige Ansprüche unbedingt verzichten oder

---

als vom Compromiß „speciem transactionis continet". L. 2. D. 12. 2. „exceptionem veluti pacti generari". L. 5. pr. C. de receptis arbitris (II. 55. (56.)).

solche unbedingt anerkennen könne, liegt nicht minder in der Natur der Sache, als es durch ausdrückliche Quellenzeugnisse bestätigt wird[37]). Die Verwandtschaft nun, welche vertragsmäßiger Verzicht des Klägers, bezüglich vertragsmäßiges Anerkenntniß des klägerischen Anspruches durch den Beklagten zum Vergleiche haben, ist in der That die nächste. Während das Urtheil, während selbst Eid und Compromiß trotz aller Hinneigung immer noch Institute bleiben, welche im innersten Wesen vom Vergleiche verschieden sind, hat in der That auf dieser dritten Stufe diese generische Verschiedenheit aufgehört; der Unterschied liegt mehr nur in Aeußerlichem, denn der Vergleich, soweit er das streitige Verhältniß für die Zukunft beseitigt, ist entweder Verzicht oder Anerkenntniß. Das unterscheidende Moment liegt lediglich darin, daß der Vergleich ein oneröser Vertrag ist („gegenseitiges Nachgeben"), während der unbedingte Verzicht und das unbedingte Anerkenntniß lucrativer Natur sind. Da der Vergleich nie Verzicht schlechthin, sondern vergoltener Verzicht ist, nie Anerkenntniß schlechthin, sondern vergoltenes Anerkenntniß ist, so ist derselbe, auch insoweit er auf Beseitigung der Rechtsungewißheit gerichtet ist, doch nur dann rechtsbeständig, wenn auch die, die Vergeltung enthaltende, Leistung (bestehe sie nun in einem dare oder promittere oder remittere) juristisch wirksam ist; ist diese Gegenleistung für das mit Bezug auf das streitige Verhältniß selbst von dem einen oder anderen Theile verwirklichte völlige Nachgeben aus irgend einem Grunde juristisch ungiltig, so fällt nothwendig der ganze Vergleich zusammen. Dagegen kann bei dem unbedingten Verzichte oder Anerkenntnisse als modus litis finiendae nur die Frage entstehen, ob der Verzicht auf das bestrittene Recht als solcher, bezüglich ob das Anerkenntniß des klägerischen Anspruches als solches gerechtfertigt sei? Mit der Entscheidung dieser Frage ist dann sofort auch schon die andere entschieden, ob die bisherige Rechtsungewißheit für immer beseitigt sei oder nicht? Das bemerkte unterscheidende Moment des Vergleiches vom vertragsmäßigen Verzichte, bezüglich vertragsmäßigen Anerkenntnisse ist in der That das einzige, aber auch völlig ausreichende Moment zur Abgrenzung des Vergleiches von diesen ihm verwandten Instituten. Manche ältere Juristen haben versucht, noch andere Unterscheidungsmerkmale des Vergleiches vom unbedingten Verzichte, bezüglich Anerkenntniß aufzufinden. Namentlich fand man ein solches Unterscheidungsmerkmal auch noch in den Beweggründen, welche einestheils dem vergleichsmäßigen, anderntheils dem unentgeltlichen Verzichte, bezüglich Anerkenntniß zum Grunde lägen. Insbesondre leitete man aus bereits angeführten Stellen[38]) ab, daß der unbedingte Verzicht, bezüglich das unbedingte Anerkenntniß immer den animus donandi voraussetze, welcher dagegen bei dem Vergleiche, als einem onerosen Vertrage, von Anfang unzulässig sei und an dessen

---

37) Vgl. L. 4. C. II. 3. Paul. Sent. Lib. I. Tit. 1. §. 5.
38) L. 1. D. 2. 15. Paul. Sent. Lib. I. Tit. 1. §. 5.

Stelle hier lediglich die Absicht trete, die bestehende Rechtsungewißheit zu beseitigen. Diese Argumentation ist aber nach ihren beiden Richtungen unhaltbar. Erstens ist nicht erweislich, daß dem unbedingten Verzichte, bezüglich Anerkenntniß einer res litigiosa immer ein animus donandi zum Grunde liegen müsse; die Absicht zu schenken kommt hier nur als mögliches, ja sogar sehr häufiges, aber nicht als das alleinige Moment in Betracht. Der Beweggrund kann sehr verschieden sein; einmal also Absicht zu schenken, dann aber auch wirkliche Ueberzeugung von dem Rechte des Gegners und von dem Mangel der Begründung der seither dagegen erhobenen Bestreitung (wo man doch nicht von einem animus donandi des der Wahrheit die Ehre gebenden Theiles gegenüber dem anderen sprechen kann); endlich die ganz unbestimmte Absicht, die Verfolgung des Rechtes als schwierig oder zweifelhaft für immer fallen zu lassen (von Seiten des verzichtenden Klägers), bezüglich in der zweifelhaften Sache nachzugeben, nur um den Rechtsstreit zu vermeiden. Auch im letzteren Falle kann von einem animus donandi nicht die Rede sein. Man denke nur z. B. an die Schwierigkeiten des Beweises, denen eine Partei entgehen will. Wenn z. B. dem Kläger der einzige Zeuge stirbt, auf dessen Zeugniß die seinen Anspruch begründenden Thatsachen beruhen, und er läßt, weil er Bedenken trägt, dem Gegner den Eid anzutragen, den Anspruch fallen, so ist doch in der That an einen animus donandi nicht zu denken. Ebenso wenn auf Beweis des klägerischen Anspruches erkannt ist und die vom Kläger gebrauchten Beweismittel, z. B. die Zeugen als unzulässig, die Urkunden als irrelevant oder irrecognoscibel verworfen werden und der Kläger nunmehr auf den Anspruch verzichtet. Dasselbe läßt sich auf Seiten des Beklagten denken. Es läßt sich sogar denken und wird in sehr vielen Fällen wirklich zutreffen, daß diese verschiedenen, ein völliges Nachgeben des einen oder anderen Theiles veranlassenden Gedanken vereinigt sind, so daß ein ganz bestimmter einzelner Beweggrund nicht nur nicht nach Außen erkennbar ist, sondern sich dessen selbst nicht einmal der nachgebende Theil klar bewußt ist. Zweitens ist die Behauptung unhaltbar, der Vergleich habe lediglich die Absicht, die Rechtsungewißheit zu beseitigen und vermöge insbesondre einen animus donandi nicht zu ertragen. Denn die Absicht, die obwaltende Rechtsungewißheit zu beseitigen, liegt ebenso auch dem unbedingten Verzicht, bezüglich Anerkenntniß zum Grunde, weil der unbedingte Verzicht sonst nicht als modus litis finiendae in Betracht kommen könnte, was er doch in der That ist; anderntheils kann möglicher Weise auch die Absicht, eine Liberalität zu üben, einen Vergleich veranlassen. Zwar ist der Vergleich seiner Natur nach kein lucratives, sondern ein oneroses Geschäft; dies schließt aber nicht aus, daß sich einer der streitenden Theile aus Gewogenheit und Liberalität gegen den anderen zu einem Vergleiche entschließe, welchen er unter anderen Umständen mit einem anderen Gegner nicht geschlossen haben würde. Damit, daß auch die Absicht, Liberalität zu üben, einem Vergleiche seine Entstehung geben

könne, wird nicht eingeräumt, daß ein Vergleich auch in der Weise zu Stande kommen könne, daß der eine Theil sich entschlösse, die ihm zur Beseitigung seiner Ansprüche angebotene Summe als Geschenk (donatio) anzunehmen [39]). — Einer besonderen Betrachtung der Eintheilungen des Vergleiches, mit deren Entwickelung die meisten älteren Abhandlungen über die transactio ihren einleitenden Theil regelmäßig ausfüllen, bedarf es hier nicht. Die Einsicht in die rechtliche Natur des Vergleiches wird durch eine Aufzählung und Erläuterung dieser Eintheilungen, z. B. transactio scripta und non scripta, iurata und non iurata, iudicialis und extraiudicialis, poenalis und non poenalis, specialis und generalis u. s. w. nicht gefördert, und es genügt, am gehörigen Orte diese Gegensätze zu berücksichtigen.

II. Specielle Erörterung. A. Subjecte des Vergleichs. 1) Subjective Voraussetzungen des Vergleichs im Allgemeinen. Die zu beantwortende Frage ist hier, wer im eigenen Interesse einen rechtsbeständigen Vergleich eingehen könne? Der leitende Gesichtspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist aus der Natur des Vergleiches als eines gegenseitigen Vertrages, d. h. eines Vertrages, welcher für Jeden der Contrahenten nothwendig eine Veräußerung (dare, remittere) oder Verpflichtung (promittere) mit sich führt, zu entnehmen. Wer deshalb fähig ist, einen onerosen Vertrag mit rechtlicher Wirksamkeit abzuschließen, ist auch zur Eingehung eines Vergleiches fähig [40]). Die wirksame Eingehung eines Vertrages überhaupt setzt nun aber Willensfähigkeit oder Handlungsfähigkeit, die wirksame Eingehung eines gegenseitigen Vertrages insbesondre überdies freie Verwaltungs- und Dispositionsbefugniß voraus. Ueber Beides ist bereits an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden [41]). 2) Insbesondre von der Stellvertretung bei dem Vergleich. Zur Untersuchung der Bedeutung der Stellvertretung für das specielle Rechtsgeschäft der transactio muß man auf die Gründe, auf welchen ein Repräsentationsverhältniß beruhen kann, zurückgehen. Ein Repräsentationsverhältniß kann beruhen a) auf einem freien Auftrage des Repräsentirten, wobei das Verhältniß der Procuratoren hinsichtlich des Abschlusses eines Vergleiches in fremdem Interesse zu betrachten ist; b) auf einem Auftrag der Staatsgewalt, wobei vorzugsweise die Stellung der Vormünder in Bezug auf ihre Befugniß, im Interesse ihrer Mündel zu transigiren, zu betrachten ist; c) auf der Verfassung der juristischen Person; d) auf dem Verhältniß der väterlichen Gewalt, wobei einmal zu erörtern ist, ob das Abhängigkeitsverhältniß des Haussohnes ihn zum nothwendigen Stellvertreter des Vaters auch in Bezug auf

---

39) Diese Ansicht hat neuerdings Elvers in der Themis, neue Folge Bd. I, S. 100 ausführlich vertheidigt. Wir werden später darauf zurückkommen.

40) Vgl. L. 38. C. II. 4. L. 1. §. 9. D. 38. 5.

41) Vgl. den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 190—199.

Vergleichsgeschäfte, welche Ersterer für Letztere vorgenommen hat, machen könne; und dann, ob und inwiefern dem Vater durch die väterliche Gewalt ein Verfügungsrecht Behufs der Abschließung eines Vergleiches auch über das Vermögen des Kindes zustehe. a) Stellvertretung bei dem Abschlusse eines Vergleiches zufolge Auftrages des Repräsentirten. Die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit ein von einem Procurator mit einem Dritten geschlossener Vergleich den Repräsentirten selbst binde, hängt von dem Umfange der Bevollmächtigung ab, welcher also vorerst festzustellen ist. Man unterscheidet hinsichtlich des Umfanges des Vollmachtkreises drei Arten des Mandates, welches einem Dritten in der gedachten Richtung ertheilt sein kann: Specialmandat (mandatum ad transigendum), Particularmandat (Proceßvollmacht, mandatum ad agendum oder ad defendendum) und Universalmandat (mandatum ad res administrandas). aa) Mandatum speciale ad transigendum. Hat der Principal den Procurator speciell zum Abschluß dieses Vergleiches mit dem bestimmten Gegner ermächtigt, so wird der Principal durch den von seinem innerhalb der Schranken der Vollmacht sich haltenden Procurator abgeschlossenen Vergleich dem Dritten gegenüber ebenso gebunden, als hätte er ihn selbst abgeschlossen. Für das heutige Recht ist dies ganz außer Zweifel [42]). bb) Mandatum ad agendum resp. defendendum (Proceßvollmacht, Particularmandat). Ueberträgt der Principal dem Procurator lediglich die Führung eines Processes an seiner Statt, so enthält diese Proceßvollmacht noch keineswegs die Ermächtigung auch zum Abschluß eines Vergleiches mit dem Gegner. Dazu ist vielmehr ein Specialmandat nothwendig. Es liegt dies nicht minder in der Natur der Sache, als es durch ausdrückliche Quellenzeugnisse anerkannt ist [43]). cc) Mandatum ad res administrandas (Universalmandat). Hier weichen die Ansichten von einander ab bei Beantwortung der Frage, ob das einfache Universalmandat, wodurch der Principal dem Procurator die administratio omnium bonorum anvertraut hat, auch schon die Ermächtigung des Procurators enthalte, für den Principal auch einen

---

42) Vgl. den Artikel Mandat Bd. VII, S. 27 und den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 203.

43) L. 7. C. II. 4. L. 10. C. de procurat. (II. 12. (13.)). L. 60. D. 3. 3. Unter dem in der letzten Stelle erwähnten „mandatum generale" darf keineswegs das Universalmandat verstanden werden, obgleich die heutige Doctrin dasselbe auch Generalmandat nennt; es ist vielmehr blos unsere Proceßvollmacht, generell deshalb, weil es eine Ermächtigung zu allen einzelnen, in einem bestimmten Processe vorkommenden Proceßhandlungen enthält. Eine weitere Fassung des „mandatum generale" ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn man darunter ein „mandatum exercendarum litium" versteht, d. h. eine Bevollmächtigung zur Führung aller Rechtsstreitigkeiten des Mandanten; dem mandatum ad res administrandas ist es deshalb nicht gleichzustellen, weil nicht nur der sonstige Sprachgebrauch der römischen Quellen damit nicht übereinstimmt, sondern auch der in L. 60. cit. für das Generalmandat ausgesprochene Satz in anderen Stellen für das Universalmandat ausdrücklich verworfen wird.

diesen bindenden Vergleich mit einem Dritten einzugehen. Die Frage wird principiell von den Einen bejaht, von den Anderen verneint. Die verneinende Meinung sucht man zu rechtfertigen theils durch innere Gründe, theils durch Berufung auf römische Stellen[44]), insbesondre aber Stellen des kanonischen Rechtes[45]), woraus sich zur Genüge ergebe, daß auch der procurator omnium bonorum zur Eingehung eines seinen Principal bindenden Vergleiches entweder eines Specialmandates bedürfe oder doch in einer Vollmacht zum Universalmandatar bestellt worden sei, welche eine der beiden Clauseln enthalte: entweder die clausula generalis oder die clausula cum libera sc. potestate agendi. Letztere Clausel stützt sich auf die in der letzten Note angeführte kanonische Gesetzstelle. Die bejahende Meinung, welche von vielen Civilisten der älteren Zeit, z. B. Donellus, Vinnius, sowie auch der neueren, hauptsächlich von Puchta vertheidigt wird, wird ebenso, wie die verneinende, theils auf innere Gründe[46]), theils auf positive Vorschriften, freilich nur

44) L. 60. D. 3. 3. ist hier vorzüglich angezogen worden. Die Stelle spricht aber, wie in der vorigen Note ausgeführt ist, nur von einem Proceßbevollmächtigten.

45) Cap. 4. de procurat. in VI. (I. 19. „.... procurator quoque absque speciali mandato iuramentum deferre, transigere vel pacisci non potest, nisi ei bonorum vel causae administratio libere sit concessa.“ Diese Stelle ist die Hauptstütze für diese Ansicht. Bemerkt verdient hier zu werden, daß das kanonische Recht den Proceßbevollmächtigten auf dieselbe Stufe mit dem Universalmandatar stellt.

46) Die Argumentation ist folgende: der procurator omnium bonorum ist nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, in allen Beziehungen das Interesse seines Principals zu wahren; er darf zu diesem Zwecke auch alle Handlungen vornehmen, welche dieses bezwecken, insbesondre auch Veräußerungs- und Verpflichtungshandlungen, jedoch unter der Voraussetzung, daß ihm der Principal nicht die Vornahme gewisser Handlungen untersagt, d. h. daß er ihm „libera administratio“ übertragen habe. Die libera administratio ist hier nicht, wie bei der entgegengesetzten Ansicht, eine erhöhte Befugniß des Procurators, sondern sie ist das Normalmaß derselben, welches in Ermangelung der Verwaltung ausdrücklich gesetzter Beschränkungen vermuthet wird; es ist daher, wenn keine Beschränkungen ausdrücklich bestimmt sind, ganz unerheblich, ob der Machtgeber bei Bestellung des Universalprocurators den Beisatz „cum libera“ (sc. administratione) ausdrücklich beigefügt hat oder nicht. Vgl. Vinnius, Tract. de transact. cap. III., welcher Duarenus und Donellus als seine Gewährsmänner für diese von ihm vertheidigte Ansicht anführt; und ähnlich Puchta, Pandekten §. 53, N. n. a. E. Man argumentirt aber weiter: auch der procurator omnium bonorum cum libera administratione, d. i. also derjenige, welchem das regelmäßige Repräsentationsgebiet nicht durch ausdrückliche Festsetzung des Principals eingeschränkt ist, darf darum doch nicht rein willkürlich, wie wenn er seine eigenen Angelegenheiten besorgte, mit dem Vermögen des Principals schalten und walten; er ist bei seiner Geschäftsführung vielmehr immer noch von dem präsumtiven Willen des Principals abhängig, weshalb ein offenbares Entgegenhandeln gegen diesen vermuthlichen Willen (z. B. eine leichtsinnige Veräußerung, ein nicht durch Gründe der Zweckmäßigkeit gerechtfertigter Vergleich, eine muthwillige Eidesdelation) ebensowohl als eine den Machtgeber nicht bindende Ueberschreitung der Verwaltungsbefugniß zu betrachten ist, wie die Ueberschreitung einer von Anfang an beschränkten Vollmacht. Die Frage, ob ein Universalmandatar auch zur Vornahme einer concreten Veräußerung, bezüglich zum Ab-

des römischen Rechtes[47]) gestützt, nicht des kanonischen Rechtes, welches der gegentheiligen Ansicht durchaus günstig ist. Der letzteren, namentlich von Puchta vertheidigten Ansicht gebührt nun zwar der Vorzug der besten Begründung im römischen Rechte und der verständigsten Auffassung der Sache selbst; es ist aber nicht in Abrede zu stellen, daß sowohl das kanonische Recht und die gemeine Praxis[48]), als auch äußere Nützlichkeitsgründe[49]) der gegentheiligen Meinung für unser heutiges

schlusse eines concreten Vergleiches befugt sei, läßt sich darum nicht absolut und formal (etwa aus dem Dasein oder dem Mangel des Beisatzes „cum libera"), sondern nur mit Erwägung der concreten Verhältnisse entscheiden; sind in der That Gründe vorhanden, welche es als rathsamer für das Interesse des Principals erscheinen lassen, einen Vergleich einzugehen und dabei ein geringes Opfer zu bringen, als einen kostspieligen Rechtsstreit zu führen und dabei das Ganze auf das Spiel zu setzen (Fälle dieser Art kommen begreiflicher Weise häufig vor), so ist der Procurator, auch wenn er ohne den Beisatz „cum libera" bestellt ist, durchaus befugt, einen für seinen Principal verbindlichen Vergleich einzugehen; der Principal kann nicht die Anerkennung auf Grund mangelnder Vollmacht verweigern; würde anderntheils ein mit dem ausdrücklichen Beisatze „cum libera" bevollmächtigter Procurator einen Vergleich, welcher das Interesse des Principals offenbar beeinträchtigt, schließen (z. B. wenn der Anspruch des Principals leicht erweislich oder die vom Gegner gegebene Abfindung ganz gering war), so wäre der Principal vollkommen berechtigt, einem solchen Vergleiche auf Grund der Ueberschreitung der Vollmacht seine Anerkennung zu versagen. Vgl. Vinnius l. c. Puchta a. a. O.

47) Die anscheinend einander widersprechenden Stellen des römischen Rechtes sind von diesem elastischeren Princip aus vollständig in Einklang zu bringen, was nach dem gegentheiligen Princip nicht so sehr der Fall ist. Denn es wird nicht nur in L. 58. 59. D. 3. 3., wo allerdings von einer „libera administratio" die Rede ist, der procurator omnium bonorum für befugt erklärt, zu veräußern, Vergleiche einzugehen u. s. w., sondern auch in anderen Stellen, welche von einem ausdrücklichen „cum libera" nichts enthalten. Z. B. L. 17. §. 3. D. 12. 2. L. 12. D. 2. 14.; andererseits würde dann die L. 63. D. 3. 3. nicht im Widerspruche mit den obengenannten Stellen stehen. Diese Stelle erklärt den procurator omnium bonorum nicht für befugt, bewegliche und unbewegliche Sachen sowie Sclaven des Principals ohne specielles Mandat desselben zu veräußern, mit Ausnahme der Früchte und der Sachen, welche leicht verderben; diese Stelle würde aber von einer Veräußerung unter solchen Umständen zu verstehen sein, unter welchen der Principal selbst nie zu veräußern pflegte.

48) Puchta a. a. O. §. 53, N. n. muß dies selbst zugeben. Er bemerkt: früher habe man die Lösung der anscheinenden Differenz der römischen Gesetzstellen dadurch versucht, daß man ein mandatum cum libera sc. administratione (d. h. mit diesem positiven Zusatze) und sine libera unterschied, und die ersten Stellen von jenem, die zweiten von diesem verstand; diese Ansicht finde sich schon in der Glosse zu L. 58. 63. D. 3. 3., sei in das kanonische Recht übergegangen (cap. 4. de procurat. in VI. I. 19.) und lange Zeit in Teutschland die ausschließlich herrschende gewesen. Wenn nun auch zugegeben werden muß, daß die Bestimmung des kanonischen Rechtes in dem cap. 4. cit. lediglich auf Mißverständniß römischer Stellen beruht, so ist doch daraus nicht zu folgern, daß diese ganz klare und bestimmte kanonische Gesetzstelle der gesetzlichen Geltung entbehre.

49) Die Nützlichkeitsgründe beruhen darauf, daß diese letztere Ansicht dem Bedürfnisse des Rechtsverkehres, welches liquide Verhältnisse und feste Formen verlangt, besser entspricht als die von Puchta vertretene, welche am Ende Alles auf die concrete Erwägung der Verhältnisse stellt. Mit Risch a. a. O. S. 58,

Recht das Uebergewicht verschafft haben. b) **Vormundschaftliche Repräsentation bei Abschluß eines Vergleiches in Sachen des Pflegebefohlenen.** Im allgemeinen ist die Stellung des Vormundes, soweit er fremdes Vermögen verwaltet, der eines procurator omnium bonorum vergleichbar. Die Stellung beider ist aber darin wesentlich verschieden, daß der Vormund nicht wie jener durch den Willen des Repräsentirten bestellt, sondern durch die Staatsgewalt eingesetzt ist und von dieser seine Verwaltungsbefugniß ableitet. Die Staatsgewalt räumt nun aber dem Vormunde nicht eine libera administratio in dem Umfange ein, in welchem sie die einzelne Privatperson durch einen Act des freien Willens einem Anderen übertragen kann; die Verwaltungsbefugniß des Vormundes ist vielmehr von Anfang an bezüglich der Vornahme von Veräußerungen gesetzlich beschränkt, indem er, sofern dieselben irgend bedeutenden Einfluß auf das Vermögen des Bevormundeten haben, dazu des obrigkeitlichen Veräußerungsdecretes bedarf. Dieses Princip gilt auch für die vom Vormund für den Pflegebefohlenen zu schließenden Vergleiche. Er kann selbstständig ohne obervormundschaftliche Zustimmung transigiren, so oft die Veräußerung, welche der Vergleich enthält, sei es auch nur in Gestalt einer für den Mündel übernommenen Verpflichtung, welche aber eine künftige Veräußerung mit sich bringt, von geringerer Bedeutung ist[50]). Ist dagegen die Einbuße, welche in Gemäßheit des Vergleiches der Vormund für den Mündel sich gefallen läßt, sei es nun eine Einbuße an wirklich und unbestritten vorhandenem oder auch nur an prätendirtem Recht, von größerer Bedeutung, so bedarf es zur Rechtsbeständigkeit des Vergleiches obervormundschaftlicher Zustimmung. Wenn ein solcher Fall vorliege, ist quaestio facti; ohne Zweifel liegt er vor, wenn der Vergleich eine Veräußerung von Immobilien des Mündels enthält; es wird dies sich aber nicht allein auf den Fall beschränken, wenn der Vormund unbestrittenes Eigenthum des Mündels abfindungsweise abtreten will, sondern auch, wenn er das vor der Hand blos prätendirte, vom Gegner

---

N. 13 ist dagegen zu bemerken, daß es mit diesem arbitrium boni viri bekanntlich eine mißliche Sache ist, da es, ungeachtet es abstract gegriffen ist, doch immer einen individuell verschiedenen Umfang annimmt. Z. B. der Procurator glaubt durch Abschließung eines Vergleiches vollkommen im Interesse des Principals gehandelt zu haben; der Principal hingegen behauptet, der Procurator habe offenbar seinem Interesse zuwider und gegen seinen vermuthlichen Willen gehandelt und versagt deshalb dem von seinem Procurator geschlossenen Vergleiche auf Grund der Ueberschreitung der Vollmacht die Anerkennung. Hierdurch entsteht zu der durch den jetzt in Frage gestellten Vergleich beseitigten Verwickelung eine neue, welche in der Regel auch nur im Rechtswege erledigt werden wird. Nach der auf das kanonische Recht gestützten und bis heute noch gemeinrechtlichen Ansicht kann eine solche Verwickelung von Anfang an gar nicht vorkommen, da ein Blick auf die Vollmacht zur Ueberzeugung des Gegners, mit welchem der Procurator transigiren will, darüber genügt, ob der Procurator rechtsverbindlich für den Principal zu transigiren ermächtigt sei oder nicht.

50) L. 54. §. 5. L. 56. §. 4. D. 47. 2.

aber noch bestrittene Eigenthum, oder auch andere dingliche Rechte aufgeben will. Des obervormundschaftlichen Decretes wird es auch dann bedürfen, wenn der Vormund bewegliche Sachen (mit Einschluß der Forderungen) von bedeutenderem Werthe vergleichsweise veräußern wollte[51]). c) Vertretung der juristischen Personen bei Vornahme von Rechtsgeschäften, insbesondre bei Abschließung von Vergleichen für dieselben. Zuvörderst muß hier der Fall ausgeschieden werden, wo ein Syndicus die Interessen einer juristischen Person in Ansehung einer Proceßsache derselben zu wahren hat; da derselbe nämlich ganz die Stelle eines Proceßprocurators einnimmt, so sind die in Bezug auf das Particularmandat vorher aufgestellten Grundsätze anwendbar. Was dagegen die Befugniß der eigentlichen Organe der juristischen Personen zu Rechtshandlungen für dieselben, insbesondre zu Abschließung von Vergleichen betrifft, so hängt dabei Alles von der Verfassung der concreten juristischen Person ab. d) Repräsentationsverhältniß gegründet in der Familiengewalt, bezüglich Familienabhängigkeit. Da das ältere römische Recht alle active Vermögensfähigkeit des Haussohnes ausschloß und derselbe hinsichtlich aller Erwerbshandlungen als nothwendiger Stellvertreter des Vaters erschien, so konnte man auf diesem Standpunkte des Rechtes nur fragen, ob der Sohn rechtsverbindlich für den Vater über dessen Vermögen verfügen und darum auch transigiren könne. Diese Frage wurde von jeher verneint. Zur Vornahme einer Veräußerungshandlung durch den Sohn bedurfte es einer Ermächtigung des Vaters, sei es eine specielle zu dem speciellen Geschäft oder eine generelle in der Ueberlassung eines Peculium mit Einräumung einer libera administratio desselben. Dagegen war die Frage, ob der Vater über das Vermögen seines Kindes transigiren könne, von jenem Standpunkte absoluter Vermögenslosigkeit des Hauskindes aus gar nicht möglich. Dies

---

51) Viel Noth hat den Auslegern L. 46. §. 7. D. 26. 7. gemacht. Diese Stelle enthält scheinbar einen inneren Widerspruch, insofern sie zwar dem Tutor das Recht, für den Pupillar zu transigiren, nicht versagt, aber zugleich ein mit einer deminutio verbundenes transigere für unwirksam erklärt, während ein Vergleich ohne ein „Nachgeben“ und somit ohne eine deminutio nicht denkbar ist. Mit Risch a. a. O. S. 61, N. 17 ist dieser scheinbare Widerspruch dadurch zu beseitigen, daß man erstens die Zusammenstellung mit dem vorausgegangenen „donare“ und zweitens das wohl zu betonende transigere „deminuendi causa“ berücksichtigt. Es schwebte hier wohl dem Juristen (Paulus) ein Fall vor, wo der Tutor, ungeachtet in seinen Händen befindlicher vollkommener Beweise für die Forderung des Pupillen, welche einen Zweifel an einem günstigen Ausgange des Processes gegen den vielleicht muthwillig oder nur zum Scheine seine Verbindlichkeit bestreitenden Schuldner gar nicht zuließen, aus Leichtsinn oder gar aus Liberalität gegen den Schuldner, also in der That „deminuendi causa“ transigirte; ein solcher Vergleich soll aber dem Pupillen unschädlich sein, da er, um mit Vinnius zu reden, nicht ein „administrare“, sondern ein „profundere et dissipare“ enthält, welches letztere durchaus nicht im vormundschaftlichen Amte liegt.

änderte sich aber, so wie das römische Recht vom alten starren Princip immer mehr nachließ, bis endlich Justinian das Princip in das entgegengesetzte umschuf. Jetzt war allerdings die Frage möglich, ob der Vater mit Wirksamkeit über Vermögensstücke seines Kindes vergleichsmäßig verfügen dürfe. Es hängt dies mit der Lehre von den verschiedenen Peculien zusammen, weshalb auf den betreffenden Artikel zu verweisen ist [52]).

B. Gegenstand des Vergleiches. 1) Im allgemeinen. Als leitender Gesichtspunkt für die Untersuchung des Gegenstandes des Vergleiches tritt in den Vordergrund die Urtheilsnatur des Vergleiches, d. h. seine Eigenschaft, ein Mittel zu sein zur Beseitigung von Rechtsungewißheit, insbesondere zur Beendigung, bezüglich Verhütung von Processen. Als Vergleichsgegenstand im allgemeinen ist bereits oben in Gemäßheit der Quellen „res dubia et lis incerta neque finita" bezeichnet worden. Zu diesem Erforderniß der Ungewißheit des Rechtsverhältnisses tritt noch als zweites Erforderniß hinzu: das Rechtsverhältniß darf nicht durch positive Rechtsvorschrift der Verfügung durch Vergleich entzogen sein. Beide Erfordernisse sind nun einzeln näher zu betrachten. a) Ungewisses Rechtsverhältniß. Es sind hier zwei Fragen zu beantworten; erstens unter welchen verschiedenen Gestalten kann die Rechtsungewißheit vorkommen? zweitens, wenn liegt eine solche Rechtsungewißheit offenbar nicht vor, und wenn ist also auch kein Raum für einen Vergleich vorhanden? Anlangend die erste Frage, so kann Gegenstand des Vergleiches vor allem sein ein schon im Processe befangenes Rechtsverhältniß (lis mota), wo die Ungewißheit auf dem ungewissen Ausgange des Rechtsstreites beruht, indem das Urtheil möglicherweise zu Gunsten des Klägers, aber auch zu Gunsten des Beklagten ausfallen kann, das Eine, wie das Andere, ohne gerade mit dem materiellen Rechte übereinzustimmen; dann aber auch schon ein außergerichtlich bestrittener Rechtsanspruch [53]), oder auch eine sonstige, ein gerichtliches Verfahren veranlassende Illiquidität von Rechtsverhältnissen. Bis hierher fällt das Gebiet des Vergleiches zusammen mit dem des Urtheiles, bezüglich der schiedsrichterlichen Entscheidung. Es fragt sich, ob damit nicht auch das Gebiet des Vergleiches erschöpft sei, so daß der Gedanke der Beendigung oder Verhütung eines Processes der als Vergleich sich charakterisirenden Vertragsverfügung unentbehrlich wäre. Unserem teutschen Rechtsgefühl sagt, wie auch schon früher bemerkt ist, diese Begrenzung des Vergleichsgebietes mehr zu, als dessen Ausdehnung

---

52) Vgl. den Artikel Peculien Bd. VII, S. 857 flg.

53) Die Quellen bezeichnen dies mit dem Ausdrucke timor litis. L. 2. C. II. 4. Ob die Furcht vor dem Processe auch materiell gerechtfertigt war, ist dabei gleichgiltig, indem schon die Vermeidung des Processes als solchen, dessen Ausgang immer ungewiß, dessen Durchführung selbst immer lästig und widerwärtig ist, als genügender Grund zur Abschließung eines Vergleiches erscheint. Vgl. L. 65. §. 1. D. 12. 6.

auf alle irgendwie und aus irgend einem Grunde ungewissen Rechtsverhältnisse; dasselbe gilt auch wohl für das französische Recht[54]). Auch nach römischen Rechte ist es die regelmäßige Function des Vergleiches, streitige Verhältnisse zu beseitigen; allein in Betracht mehrerer Stellen der Digesten und des Codex[55]) ist es unleugbar, daß die römischen

54) Vgl. die Definition der transaction im Code civil art. 2044.

55) Die hier in Betracht kommenden Stellen sind: L. 8. D. 2. 15. Diese Stelle handelt von Vergleichen über letztwillig hinterlassene Alimente; sie versteht unter der transactio de alimentis schon denjenigen Vertrag, zufolge dessen an die Stelle der ihrem Totalumfange nach (wegen der ungewissen Lebensdauer des Alimentenberechtigten) ungewissen Alimentenberechtigung ein Aversionalquantum gesetzt wird ohne irgend Rücksicht darauf, ob die Parteien dabei an eine Verhütung von später etwa möglichen Processen dachten oder nicht. Die Richtigkeit dieses Begriffes der transactio alimentorum geht insbesondre aus L. 8. §. 9. cit. hervor, wo Ulpian von den causae (Motiven) spricht, welche einem Alimentenvergleiche, wenn der Prätor überhaupt die Begehren der Parteien berücksichtigen solle, zum Grunde liegen müßten. Die hier angeführten Motive sind von der Art, daß sich nach römischem Rechte nicht behaupten läßt, es müsse auch bei dem Alimentenvergleiche die Absicht der Parteien auf Beendigung oder Verhütung eines Processes gerichtet sein. Auch der Codex enthält eine hierher gehörige Stelle, welche das bisher Behauptete über allen Zweifel erhebt, nämlich L. 11. C. II. 4. (einen ganz ähnlichen Fall behandelt L. 1. C. II. 3., welche mit demselben Rechte wie L. 11. C. cit. auch im Titel de transactionibus ihren Platz einnehmen würde). Die L. 11. cit. erklärt den Vertrag, wodurch die zwei zu Erben eingesetzten Brüder ihre gegenseitigen, noch suspensiv bedingten fideicommissarischen Ansprüche jetzt schon bei noch schwebender Bedingung aufgeben und dadurch an die Stelle des noch ungewissen Rechtes Rechtsgewißheit setzen, als transactio. Dabei bietet sich von keiner Seite ein Anhaltspunkt, zu sagen, nicht das durch den Vergleich beseitigte incertum conditionis sei es, was den Vertrag zum Vergleiche mache, sondern die Absicht der Parteien, einen künftigen Proceß zu vermeiden. Auf einen künftig möglicherweise zu befürchtenden Proceß bezieht die Stelle Donellus, Comm. ad L. 11. C. cit. Allein die Abhängigkeit eines Rechtsanspruches von einer Bedingung macht denselben noch nicht gerade zu einer Proceßsache, wie Risch a. a. O. S. 67, N. 5 richtig bemerkt hat; daß der bedingte Anspruch Gegenstand eines Processes werden könne, ist von seiner bedingten Natur nicht abhängig; denn auch ein unbedingter und im gegenwärtigen Augenblicke ganz unbestrittener Anspruch kann später, z. B. von Seiten der Erben des inmittelst verstorbenen Schuldners, Gegenstand einer gerichtlichen Verhandlung werden. Sowenig im letzteren Falle wegen des künftig einmal möglichen Processes die jetzt in ihren Behauptungen vollkommen übereinstimmenden Parteien sich veranlaßt sehen werden, einen Vergleich abzuschließen, sowenig ist der Abschluß eines Vergleiches indicirt im Falle eines bedingten Anspruches, hinsichtlich dessen übrigens Differenzen unter den Parteien nicht obwalten. Bedingte und unbedingte Ansprüche stehen hinsichtlich der Möglichkeit eines darüber entstehenden Processes ziemlich auf gleicher Linie; nur mag bei ersteren die Möglichkeit eines Rechtsstreites deshalb etwas größer sein, weil auch über die Erfüllung oder den Wegfall der Bedingung Streit entstehen kann, was jedoch wesentlich wieder von der Beschaffenheit der gestellten Bedingung abhängt. So wird über die Erfüllung der in L. 11. C. cit. gestellten Bedingung: si sine liberis decesserit, wohl nicht leicht ein Proceß entstehen, und es wird also ein von einer solchen Bedingung abhängiger Anspruch hinsichtlich der Möglichkeit eines darüber entstehenden Rechtsstreites mit einer unbedingten auf ganz gleicher Stufe stehen. Wenn nun dennoch über einen unbedingten Anspruch, vorausgesetzt, daß

Quellen den Vergleich in einem weiteren als dem bis jetzt entwickelten Sinne fassen, insofern sie als sein Gebiet ungewisse Verhältnisse jeder Art, ohne Rücksicht auf den Grund der Ungewißheit betrachten; diese Ansicht hat auch in der That von jeher die romanistisch gebildete Doctrin und Praxis anerkannt und festgehalten[56]). Die Beantwortung der **zweiten** Frage, wenn eine Rechtsungewißheit nicht gegeben und darum auch kein Raum für einen Vergleich vorhanden sei, scheint sehr einfach; sie ist es auch in der That, sofern man lediglich die natürliche Gewißheit in Betracht zieht; eine solche ist offenbar dann immer vorhanden, wenn nach keiner Richtung eine Verschiedenheit in den Behauptungen der Parteien mit Bezug auf das in Rede stehende Rechtsverhältniß sich wahrnehmen läßt; hier ist von Anfang an kein Raum für einen Vergleich, obwohl anderweite vertragsmäßige Verfügungen darüber sich denken lassen, z. B. schenkungsweiser Erlaß, Novation u. s. w. Neben dieser natürlichen Gewißheit giebt es aber noch eine juristische Gewißheit, welche darauf beruht, daß der früher in Ansehung eines Rechtsverhältnisses obwaltende Streit durch richterliches Urtheil endgiltig erledigt ist (lis finita). Die hier entstehende Frage, ob auch diese Art der Rechtsgewißheit ein Hinderniß eines ferneren Vergleiches über die einmal entschiedene Sache sei, ist gleich nachher zu beantworten. b) **Das ungewisse Rechtsverhältniß muß der Verfügung der Transigenten im allgemeinen unterliegen und der Verfügung durch Vergleich nicht durch besondere Rechtsvorschrift entzogen sein.** Auch hier entstehen zwei Fragen: erstens, wieweit erstreckt sich das Gebiet der Rechtsverhältnisse, welche, das Dasein ihrer Ungewißheit vorausgesetzt, einer Beseitigung durch Vergleich zugänglich sind? zweitens, welche, obwohl ungewisse, Rechtsverhältnisse lassen von Anfang an wegen ihrer inneren Natur keinen Privatvergleich zu oder sind demselben durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, wenigstens unter gewissen Voraussetzungen, entzogen? Die **erste** Frage ist im allgemeinen dahin zu beantworten, daß das Gebiet der Verfügung durch Vergleich im Zweifel sich gerade soweit erstrecke, als das der Privatdisposition überhaupt, d. h. auf alle Privatrechtsverhältnisse, soweit sie überhaupt einer Privatdisposition

---

keine Differenzen hinsichtlich dessen Umfanges, Qualität u. s. w. unter den Parteien obwalten, ein Vergleich nicht denkbar ist, wohl aber ein solcher hinsichtlich eines bedingten Anspruches unter ganz denselben sonstigen Voraussetzungen stattfinden kann, so beruht offenbar die den Vergleich im letzteren Falle möglich machende Ungewißheit auf der bedingten Natur des Rechtsanspruches, so daß die Rücksicht auf einen künftig etwa möglichen Rechtsstreit dabei nicht entscheidend ist.

56) Vgl. **Vinnius**, Tract. de transact. cap. IV. §. 3. **Glück**, Erl. der Pand. Bd. 5, S. 2. **Puchta**, Vorles. Bd. 2, §. 294. **Schweppe**, §. 322. **Arndts**, Pandekten §. 269. **Wening-Ingenheim**, gem. Civilr. §. 278, N. q. **Mühlenbruch**, Pandektenrecht §. 477, N. t. **Göschen**, Vorles. §. 433. **Sintenis**, gem. prakt. Civilrecht §. 107, Bd. 2, S. 478 und Andere.

unterliegen. Daher kann regelmäßig ein Vergleich über ungewisse privatrechtliche Ansprüche jeder Art geschlossen werden; zunächst also über obligatorische Ansprüche[57]), sie mögen auf irgend einem rechtlichen Grunde behauptet werden, sei es aus Vertrag oder Delict oder sonstigen Entstehungsgründen von Obligationsverhältnissen; nicht minder auch über dingliche Rechtsansprüche[58]), sie mögen nun ein einzelnes dingliches Recht oder Erbrecht betreffen. Selbst in Bezug auf Präjudicialklagen wird die Möglichkeit eines Vergleiches in den Quellen anerkannt[59]). In Bezug auf Verhältnisse des status, insbesondre Familienverhältnisse könnte die Behauptung, daß darüber ein Vergleich geschlossen werden könne, bedenklich erscheinen. Sie muß aber nur richtig verstanden werden. Die Verfügung durch Vergleich kann natürlich nicht weiter reichen, als die sonstige Privatdisposition; dann ist anzuerkennen, daß die Familie und ihre Verhältnisse, wenn sie auch im Privatrechte ihre Ordnung und Regelung erhalten, doch ein öffentlich-rechtliches, der Privatwillkür und Privatdisposition nicht unterliegendes Moment enthalten; soweit dieses Gebiet reicht, kann natürlich von keinem Privatvergleiche die Rede sein. Einem solchen Vergleiche steht auf der anderen Seite nichts entgegen, sofern es sich um die bestrittene Geltendmachung von vermögensrechtlichen Ansprüchen handelt, welche mit solchen Familienverhältnissen wesentlich zusammenhängen. Was die zweite Frage betrifft, welche, wenn auch ungewisse Rechtsverhältnisse doch der Privatdisposition durch den Vergleich entzogen seien, so sind 2 Klassen solcher dem Privatvergleiche unzugänglicher Rechtsverhältnisse zu unterscheiden. Die erste Klasse enthält solche, welche nach ihrer inneren Natur keine Privatdisposition zulassen. Hierher gehören alle Verhältnisse des öffentlichen Rechtes[60]); sie sind als solche von Anfang an dem Privatrechtsverkehr entzogen. Daraus folgt insbesondre die Unzulässigkeit eines Privatvergleiches wegen begangener Verbrechen und Vergehen, soweit derselbe die öffentliche Strafverfolgung[61]) und nicht blos die Pri-

---

57) Vgl. L. 1. 3. 4. u. s. w. C. II. 4.

58) Vgl. L. 2. 9. 11. u. s. w. C. II. 4.

59) L. 10. 43. C. II. 4.

60) Vgl. L. 27. §. 4. D. 2. 14. „... et in summa, si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum." Hierbei ist auch an den im römischen Rechte geltenden Grundsatz zu erinnern: ius publicum pactis privatorum mutari non potest; ein Grundsatz, der freilich im teutschen Rechte Abänderungen erlitten hat; z. B. die testamenti factio ist iuris publici, non privati L. 3. D. 28. 1., deshalb konnte nach römischem Rechte Niemand auf das Recht, ein Testament zu machen oder das errichtete zu ändern, verzichten. Vgl. über den Sinn und Umfang jenes Grundsatzes bei Testamenten den Art. Testament Bd. X, S. 717 flg. In der gedachten Beziehung hat dieser Grundsatz infolge der Grundsätze des teutschen Rechtes über Erbverträge Abänderungen erlitten, während er in anderen Beziehungen noch jetzt gilt. Vgl. den angeführten Artikel a. a. O.

61) L. 7. §. 14. D. 2. 14. L. 27. §. 4. D. eod. Ein Vergleich des Beschädigten kann die öffentliche Strafe nicht aufheben. Peinl. Gerichtsordnung Art. 214: „und wo der Beschädigte nit peinlich klagen wolt, so soll dennoch die

vatentschädigung des Verletzten betrifft[62]). Da jedoch die Grundlagen des römischen Strafprocesses wesentlich andere waren, als die unseres heutigen Strafprocesses (Anklageprincip, Inquisitionsprincip), so haben sich, was den Vergleich über crimina publica betrifft, im römischen Rechte besondere Grundsätze gebildet, die sammt der Frage, ob sie heutzutage noch anwendbar seien, später noch dargestellt werden sollen. Aus gleichen Rücksichten ist ein Privatvergleich zwischen Ehegatten zum Zweck der Trennung der Ehe unzulässig[63]). Nachdem das römische Princip der willkürlichen Ehescheidung aufgegeben und die Ehe als ein höheres sittliches Institut der Privatwillkür entzogen worden war, mußte consequent, wie eine sonstige, die Trennung derselben bezweckende Privatverfügung der Ehegatten, so auch ein dahin abzielender Vergleich rechtlich unwirksam sein. Im kanonischen Rechte beruht dies auf der Sacramentaleigenschaft der Ehe und der daraus folgenden Unauflöslichkeit derselben. Da das protestantische Kirchenrecht diese Eigenschaft nicht anerkennt, sondern wirkliche Trennung des Ehebandes zuläßt, so ist behauptet worden, daß auch unter Protestanten in Ehesachen zum Zweck der Trennung der Ehe ein giltiger Vergleich eingegangen werden könne, wenn solches mit Genehmigung der geistlichen Obrigkeit in einem solchen Falle geschieht, in welchem überhaupt eine Ehescheidung zulässig ist[64]). Diese Behauptung ist nicht ohne Grund; nur kann hier nicht die Genehmigung der gewöhnlichen geistlichen Behörde (des Consistoriums) für hinreichend erachtet werden, sondern es ist die Genehmigung des Inhabers des Kirchenregimentes, also des protestantischen Landesherrn, oder im Falle er selbst einer anderen Confession angehört, der Behörde, welcher das Kirchenregiment verfassungsmäßig zusteht, erforderlich. In den sächsischen Ländern Ernestinischer Linie und in einigen anderen zu dem Bezirk des OAGerichtes zu Jena gehörigen Ländern ist dies auch gesetzlich anerkannt; denn die dort zulässige Scheidung aus Gnaden (durch landesherrliches Rescript) setzt regelmäßig eine Privatvereinigung der Ehegatten darüber, daß sie sich trennen wollen, voraus, wenn auch gleich nicht geleugnet werden kann, daß ausnahmsweise eine solche Scheidung auch auf einseitigen Antrag, ohne Dasein eines gesetzlichen Ehescheidungsgrundes geschieht[65]). Bloße Eheverlöbnisse können selbst nach dem kanonischen Rechte ohne Genehmigung der geistlichen Obrigkeit durch Privatvergleich aufgehoben werden[66]). Auch im pro-

---

Oberkeyt den Thäter nichts destoweniger von Amtswegen rechtfertigen, und nach Gelegenheyt der Person und Ueberfarung straffen lassen."

62) L. 7. §. 14. D. 2. 14. L. 54. §. 5. D. 47. 2.

63) Cap. 11. X. I. 36.

64) Glück, Erl. der Pand. Bd. 5, S. 50 und die Note 37 angeführten Schriftsteller.

65) Vgl. Heimbach, Lehrb. des partik. Privatr. der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst verbundenen Staaten §. 89.

66) Cap. 2. X. IV. 1.

testantischen Kirchenrechte gilt dasselbe. Nur einzelne Partikulargesetzgebungen, namentlich die sächsischen, sind strenger und lassen selbst durch gegenseitige Einwilligung eine Aufhebung des Verlöbnisses ohne Genehmigung der Behörde, welcher die Gerichtsbarkeit in Ehesachen zusteht, nicht zu [67]), wovon jedoch wieder einzelne neuere Gesetze der Länder sächsischen Rechtes abweichen [68]). Die zweite Klasse von Hinderungen eines Privatvergleiches über ungewisse Rechtsverhältnisse ist positiver Natur, indem hier die Gesetze die Verfügung durch Vergleich aus besonderen rechtspolitischen Motiven verbieten, obwohl eine solche nach der Natur der Sache sonst zulässig wäre. Der wichtigste Fall dieser Art ist das in der Oratio D. Marci enthaltene Verbot der transactio de alimentis mortis causa relictis [69]); dieses Verbot ist jedoch auch hier kein absolutes, sondern ein relatives, indem auch über solche Alimentenansprüche Vergleiche zulässig sind, wenn die besonderen, im Gesetze näher bezeichneten Voraussetzungen vorhanden sind, worüber später das Nähere vorkommen wird. Als ein zweiter Fall dieser Art wird von einer großen Zahl von Juristen, sowie von der Praxis ein Vergleich über testamentarische Ansprüche vor Eröffnung des Testamentes anerkannt. Dieser Fall der Hinderung eines Vergleiches gehört aber schon seit der Zeit der Glossatoren zu den am meisten bestrittenen in der Lehre vom Vergleiche. Sehr viele angesehene Juristen gestehen die Ungiltigkeit eines solchen Vergleiches gar nicht zu und die Vertheidiger der Ungiltigkeit selbst weichen in der Art und Weise der Rechtfertigung sehr von einander ab, indem die Einen dieselbe schon aus der allgemeinen Natur des Vergleiches ableiten zu können vermeinen, Andere aber dieselbe lediglich als Folge eines bestehenden Prohibitivgesetzes betrachten. Das Nähere darüber wird später erwähnt werden. 2) Vergleich nach rechtskräftig entschiedener Sache. Die Ungiltigkeit eines Vergleiches nach rechtskräftig entschiedener Sache wird in den römischen Quellen, sowohl den historischen als dogmatischen, in klaren und bestimmten Ausdrücken ausgesprochen [70]). Es fragt sich, ob dieser Grundsatz des römischen Rechtes auch noch als solcher des heutigen gemeinen Rechtes anerkannt werden müsse; eine Frage, deren Beantwortung mit der Frage nach dem Grunde dieses Principes in engem Zusammenhange steht. Ist dieser Grund durch die dem römischen Rechte seit seiner Reception widerfahrenen Aenderungen nicht berührt worden, so muß dieser römische Grundsatz auch noch als solcher unseres heutigen Rechtes anerkannt werden. Es sind also zunächst der Grund jenes Principes, dann dessen Grenzen, endlich dessen Wirkungen zu erörtern. a) Grund und Bedeutung der Unzulässigkeit eines Vergleiches

---

67) Vgl. Heimbach a. a. O. §. 83 u. N. 1.

68) Heimbach a. a. O. §. 83 u. N. 2.

69) L. 8. D. 2. 15.

70) Paul. Sent. Lib. I. Tit. 1. §. 5. L. 4. Cod. Gregor. II. 11. L. 7. §. 1. D. 2. 15. L. 32. C. II. 4. L. 23. §. 1. D. 12. 6.

nach entschiedener Sache. Es giebt hier sehr verschiedene Ansichten[71]). Vor deren Prüfung ist Folgendes vorauszuschicken. Ist ein streitiges Verhältniß durch richterliches Urtheil erledigt (res finita), so ist das früher zweifelhafte Verhältniß nunmehr ein gewisses geworden. Erkennen die streitenden Theile, insbesondre der unterliegende Theil, dies an, so ist das schon besprochene Verhältniß der natürlichen Gewißheit vorhanden und es läßt sich nicht denken, daß die Parteien das an sich gewisse Rechtsverhältniß erst noch durch einen Privatvertrag werden gewiß machen wollen. Es ist aber auch möglich, daß der unterliegende Theil, der doch das formelle Dasein des Urtheiles nicht leugnen kann, doch die gewißmachende Kraft desselben in Abrede stellt; wo dann die Frage entsteht, ob solche dem Urtheile widersprechende Behauptungen im Stande seien, die durch das Urtheil geschaffene Gewißheit wieder in Frage zu stellen, und die frühere Zweifelhaftigkeit des Rechtsverhältnisses zu erneuern? Je nachdem diese Frage bejaht oder verneint wird, wird auch die Zulässigkeit eines Vergleiches nach entschiedener Sache bejaht oder verneint. Die Frage ist aber unbedingt zu verneinen, sobald noch das Institut der Rechtskraft der Urtheile anerkannt wird. Eine nothwendige Folge hiervon ist, daß nach rechtskräftig entschiedener Sache ein Vergleich über eine solche nicht mehr denkbar ist, ebensowenig wie ein anderer modus litis finiendae, z. B. Eid, Compromiß. Der römische Grundsatz erscheint hiernach nicht als ein willkürlich gemachter, sondern als ein innerer, in der Natur der Sache liegender, dessen Fortbestand auch für das heutige Recht nicht bezweifelt werden sollte. Dennoch weicht einestheils eine große Zahl derjenigen, welche im letzten Resultat damit übereinstimmen, gleichwohl in dessen Rechtfertigung ab; anderntheils hielten und halten noch heutzutage Viele das ganze Princip für eine Singularität des römischen Rechtes für eine gewisse Art von formell unvollkommenen Vergleichen, mit Wegfall welcher unvollkommenen Art von Vergleichen auch jene Singularität selbst für unser heutiges Recht weggefallen sei. Der letzterer Ansicht[72]) zum Grunde liegende Gedanke ist im wesentlichen folgender: die römischen Gesetze verbieten allerdings eine transactio de re iudicata, aber nicht jede solche transactio schlechthin, sondern nur die unvollkommene, in Gestalt eines pactum nudum eingegangene; war dieselbe in verba eingekleidet, so war sie schon im römischen Rechte vollkommen wirksam; da wir heutzutage keine ver-

---

71) Neuere Schriften, welche die Frage behandeln, sind: Thibaut, über Vergleiche gegen rechtskräftige Urtheile, im Archiv für civil. Praxis Bd. 8, S. 301 flg. Dagegen Goldschmidt, über Vergleiche nach rechtskräftigen Erkenntnissen ebd. Bd. IX, S. 76 flg. und gegen diesen wieder Thibaut, über Vergleiche gegen rechtskräftige Urtheile, ebd. Bd. IX, S. 393 flg., besonders aber Rudorff, über die Litiscrescenz, in der Zeitschrift für gesch. RW. Bd. XIV, S. 334—347. Vgl. auch Risch a. a. O. §. 11, S. 75—95.

72) Sie wurde besonders von den älteren Praktikern und unter diesen von den berühmtesten Namen derselben vertreten, wie von Stryk, Voet, Berger, Müller u. A. S. Thibaut, im Archiv Bd. VIII, S. 301.

borum obligatio im römischen Sinne mehr kennen, vielmehr der formlose Vertrag heutzutage dieselbe Wirkung hat, wie die römische Stipulation, so ist jetzt jeder Vergleich auch über rechtskräftig entschiedene Ansprüche vollkommen giltig und wirksam. Die Beweise für den Obersatz, daß das römische Recht bloß den durch ein pactum nudum eingegangenen Vergleich verboten habe, wird nicht von inneren Gründen, von denen man von Anfang an abgesehen hat, sondern von positiven Quellenzeugnissen entlehnt[73]). Allein bei näherer Prüfung fällt dieser Beweis zusammen[74]). — Eine andere Ansicht, welche zwar im letzten Resultat

---

73) Dies geschieht in indirecter und directer Richtung; ersteres, insofern man sich darauf beruft, daß keine Stelle, welche von der Nichtigkeit des Vergleiches post rem iudicatam handele, dabei ausdrücklich auch einen durch verba gekräftigten Vergleich erwähne; letzteres, indem man sich auf Paul. Sent. Lib. I. Tit. 19. §. 2. und L. 32. C. II. 4. stützt. Während die erste Stelle — so wird argumentirt — ausdrücklich nur von der Unzuläßigkeit eines pactum post rem iudicatam redet, erkennt die zweite Stelle geradezu die Wirksamkeit eines durch die römische Form der verba gekräftigten Vergleiches an, insofern der Vergleiches halber geschehenen Aquiliana stipulatio und acceptilatio auch hier ihre gewöhnliche Wirksamkeit beigelegt wird.

74) Was zunächst die in der vorigen Note angezogene Stelle aus den Sententiae des Paulus anlangt, so hat man, statt zu betonen „pacto decidi“ (transigi), einseitig betont: „pacto“ decidi. Mehr Schein hat die Argumentation hinsichtlich der zweiten in der vorigen Note angeführten Stelle, welche in der That eine sehr schwierige ist. Außer dem oben angeführten, die Schwierigkeit der Stelle nicht hebenden Auslegungsversuche der Praktiker, wonach nur der durch ein pactum nudum eingegangene Vergleich verworfen, dagegen der formell abgeschlossene als voll wirksam anerkannt sein soll, ist zu erwähnen erstens der scharfsinnige Auslegungsversuch von Donellus, Comm. ad L. 32. C. de transact. Dieser sucht den Vorwurf eines völligen inneren Widerspruches dieser Stelle (indem sie auf der einen Seite ausspreche „super iudicato frustra transigi“ und auf der anderen Seite sofort eine transactionis causa geschehene Novation und Acceptilation für wirksam erkläre) dadurch zu beseitigen, daß man das „si — non peremisti“, statt es nach gewöhnlichem Sprachgebrauche als Bedingung zu nehmen, hier in der Bedeutung von „quia — non peremisti“ (sc. ut non peremisti) auffasse, so daß der Schlußsatz nicht den Sinn hätte: „wenn du deine Judicatsklage nicht durch Acceptilation zerstört hast, wie du es wohl konntest“, sondern vielmehr den: „weil du deine Klage nicht zerstört hast, wie du es nicht konntest.“ Die Nothwendigkeit dieser Auslegung folgert Donellus aus dem klar in den Quellen und selbst in dieser Stelle ausgedrückten Princip der Nichtigkeit eines post rem iudicatam eingegangenen Vergleiches; diese, als auf inneren Gründen beruhend, müsse immer eintreten, sei auch der Vergleich in irgend einer Form abgeschlossen; deshalb müsse, wie das pactum transactionis causa, so auch die stipulatio und acceptilatio nichtig sein; ein nichtiger Vergleich könne unmöglich die wirklich begründete Judicatsklage zerstören. Die Zuläßigkeit dieses Auslegungsweges sucht Donellus theils durch die grammatische Construction des si mit dem Indicativ, statt des, wenn hätte bedingt gesprochen werden sollen, nothwendigen Conjunctives, theils durch zahlreiche Stellen juristischer und nichtjuristischer Schriftsteller nachzuweisen, wo si nicht selten in der Bedeutung von quandoquidem und quia gebraucht werde. Diese Auslegung ist auch von Thibaut a. a. O. angenommen worden. Einen anderen Versuch zur Lösung des Widerspruches der Stelle macht schon Accursius und nach ihm Vinnius, indem sie das „si non peremisti“ nicht von einer Vergleichs halber

mit der hier angenommenen übereinstimmt, aber in der Art und Weise

---

geschehenen Aquiliana stipulatia und acceptilatio verstehen, sondern von einer solchen, welche animo donandi zu Gunsten des Verurtheilten geschehen sei. Ein dritter Auslegungsversuch rührt her von Sell, Jahrbücher für histor. und dogmat. Bearbeitung des röm. Rechtes Bd. II, S. 58 flg. und ist von Vangerow, Leitfaden Bd. 3, §. 668, Anm. und Rudorff a. a. O. S. 339 flg. angenommen worden. Sell geht von der Richtigkeit eines nach dem Urtheile geschlossenen Vergleiches aus. Der Vergleich wird nun aber zunächst immer nur nuda conventione geschlossen; erst nach vollkommener Einigung der Parteien treten die civilrechtlichen Garantien zur größeren Sicherung des in der conventio (pactum) Vereinbarten hinzu. Diese Garantien sind theils die remissorische Clausel, d. i. die fast nie fehlende Aquiliana stipulatio behufs der Novation des bisherigen streitigen Anspruches in eine verborum obligatio und die darauf folgende acceptilatio der novirten Obligation; theils die promissorische (Stipulations-)Clausel, welche das nur durch nudum pactum Versprochene in eine verborum obligatio verwandelte. Sell argumentirt nun in folgender Weise: nach dem Princip der Richtigkeit des Vergleiches post rem iudicatam ist die conventio transactionis causa facta ihrem ganzen Inhalte nach unwirksam; infolge davon ist auch die promissorische Schlußclausel, da sie eine nicht vorhandene naturalis obligatio zur verborum obligatio noviren soll, wirkungslos. Anders ist es hinsichtlich der remissorischen Clausel; zu ihr verhält sich die nichtige Vergleichsconvention blos als Motiv und bildet nicht, wie für die promissorische Clausel, die Grundlage; die Grundlage ist vielmehr die wirklich begründete actio iudicati, welche nunmehr, da die Aquiliana stipulatio und acceptilatio einseitige, von der Vergleichsconvention selbst verschiedene und deshalb von der Ungiltigkeit des Vergleiches nicht berührte Geschäfte sind, in eine verborum obligatio umgewandelt und durch die acceptilatio aufgehoben wird — ein Resultat, was nur auf dem Wege der Restitution beseitigt werden kann. Von diesen verschiedenen Auslegungsversuchen ist der der Praktiker schon vorher gemißbilligt worden; der zweite von Donellus, so scharfsinnig er auch ist, ist erstens zu fein und nach der richtigen Bemerkung von Vinnius contra perpetuum Latini sermonis usum; zweitens setzt er zufolge der Consequenz des Rechtes etwas als nothwendig, was es in der That nicht ist, nämlich, daß wegen Richtigkeit des Vergleiches post rem iudicatam deshalb auch die transactionis causa vorgenommenen civilrechtlichen Geschäfte der Aquilia stipulatio und acceptilatio nichtig sein müßten. Der dritte von Accursius und Vinnius eingeschlagene Weg ist noch weniger zu billigen als der des Donellus, weil offenbar die Annahme unzulässig ist, die Kaiser Diocletian und Maximian, von welchen L. 32. C. II. 4. herrührt, hätten, nachdem im ersten Satze von einem, die Veranlassung des Rescriptes bildenden Vergleiche post rem iudicatam die Rede war, nun plötzlich im zweiten Satze eine Liberalität des Gläubigers gegen den Verurtheilten im Auge gehabt. Am meisten befriedigt der Auslegungsversuch von Sell. Allein auch dieser bedarf, wie Risch a. a. O. S. 80, N. 8 mit Recht bemerkt, noch einer Verbesserung in folgender Hinsicht. Ein wesentlicher Unterschied zwischen der promissorischen und remissorischen Clausel kann nicht zugegeben werden. Es ist kein Grund abzusehen, warum die stipulatio nichtig sein soll, die acceptilatio aber nicht, und warum die Stipulation nicht gleiches Recht formeller Wirksamkeit genießen soll wie die Acceptilation. Es wird dagegen eingewendet, bei der stipulatio sei das Fundament, auf welches sie sich bezieht (die obligatio, welche sie noviren soll), ein Nichts, wegen der Richtigkeit der Vergleichsconvention; hingegen bei der Aquiliana stipulatio und acceptilatio sei das Fundament für diese formellen Rechtsgeschäfte ein wirklich bestehendes (die actio iudicati) und nur das Motiv (die juristische causa) ein rechtlich nicht bestehendes. Nirgends aber wird gesagt, daß der Römer, welcher bei dem Abschlusse eines Vergleiches von dem anderen Transigenten etwas stipulirte, dabei an eine Novation einer vorher durch pactum nudum hervor-

der Rechtfertigung abweicht, ist die von Thibaut[75]). Dieser erkennt zwar die Unzulässigkeit des Vergleiches nach dem Urtheile auch noch als Satz des heutigen gemeinen Rechtes an, leitet ihn aber nicht aus der inneren Natur der Rechtskraft einestheils und des Vergleiches anderntheils ab, sondern betrachtet ihn lediglich als ein positives, aus rechtspolitischen Momenten hervorgegangenes Verbot zum Zweck der Aufrechterhaltung der Achtung und der Autorität der Gerichte, welche gefährdet würde, wenn Privatpersonen gestattet würde, sich über den Richter hinwegzusetzen und in Mißachtung des von jenem gefundenen Rechtes sich selbst noch ihr Recht zu machen. Thibaut findet diese seine Ansicht von dem Grunde der Unzulässigkeit des Vergleiches post rem iudicatam nach einer doppelten Richtung für gerechtfertigt. Erstens hält er den aus der Rechtskraft der Urtheile oben abgeleiteten Rechtfertigungsgrund für nicht ausreichend, indem auch nach rechtskräftiger Entscheidung der Trotz und das Unvermögen des Gegners noch viele Weiterungen veranlassen, also die Erfüllung des Judicates ungewiß machen könne, und da in einem solchen Falle ungeachtet der res iudicata noch res incerta sein könne, so müsse, wenn man vom Standpunkte der inneren Natur des Vergleiches allein ausgehe, auch post rem iudicatam noch ein Vergleich zulässig sein, womit aber die Quellen entschieden im Widerspruch ständen[76]). Zweitens führt er eine Reihe Stellen dafür an, daß man einen Vergleich post rem iudicatam für etwas Widerrechtliches und Unerlaubtes gehalten habe[77]). Was den ersten Beweisgrund anlangt, so wird,

---

gebrachten naturalis obligatio gedacht habe. Es kann nach der Ausführung von Gneist, formelle Verträge S. 174 flg. und in dem Artikel Stipulation Bd. X, S. 560 flg., sowie nach der neuesten Ausführung von Brinz, in den kritischen Blättern Nr. 3, nicht angenommen werden, daß das pactum nudum bei den Römern überhaupt auch nur eine naturalis obligatio habe hervorbringen können. Das Richtige ist vielmehr Folgendes. Der nichtige Vergleich verhält sich zur Stipulation wie zur Acceptilation lediglich als Motiv, jene Rechtsgeschäfte selbst sind einseitiger, formaler Natur, und haben ihre formellen (obligatorischen und liberatorischen) Wirkungen, ohne Rücksicht auf die Mangelhaftigkeit der sie veranlassenden causa. Allein die Mangelhaftigkeit der sie veranlassenden causa berechtigt allerdings zu einer Reaction gegen die ohne rechtsbeständigen Grund vorgegangene Rechtsänderung; dazu bedarf es aber nicht des außerordentlichen Weges der Restitution, sondern diese Reaction läßt sich schon auf civilem Wege bewirken. Der Promittent nämlich aus der transactionis causa vorgenommenen Stipulation hat, wenn er noch nicht geleistet hat, eine doli exceptio, und wenn er bereits geleistet hat, eine condictio sine causa; derjenige, welcher durch die acceptilatio transactionis causa seinen früheren Klaganspruch zerstört hat, hat gleichfalls die condictio sine causa, um dadurch den früheren Rechtszustand vor der Novation und Acceptilation wiederherzustellen. Vgl. über die doli exceptio wegen mangelhafter causa Gneist, formelle Verträge S. 180 flg., über die condictio wegen mangelhafter causa Gneist a. a. O. S. 189 flg., über beides den Artikel Stipulation Bd. X, S. 563 flg., 565 flg.

75) Thibaut, im Archiv für civil. Praxis Bd. VIII, S. 301.

76) Thibaut a. a. O. Bd. VIII, S. 305 flg.

77) J. B. L. 2. Th. Cod. II. 9.: post sententiam pacisci non licere iuris

wie Risch treffend bemerkt, von Thibaut darin gefehlt, daß er, die Natur des Vergleichsgegenstandes nicht gehörig erkennend, die Ungewißheit des Rechtsverhältnisses verwechselt mit der blos faktischen Frage der Erfüllung des an sich vollkommen gewissen Anspruches durch den Verurtheilten[78]). Die Richtigkeit des zweiten aus positiven Aussprüchen römischer Juristen und Kaiser entlehnten Beweisgrundes ist für das Recht vor Justinian allerdings unleugbar; allein die Justinianeische Sammlung enthält keine Stellen, welche auf ein Verbot des Vergleiches, als eines pactum illicitum, hindeuten, sondern seine Unzulässigkeit erscheint hier lediglich als Folge der Natur des rechtskräftigen Urtheiles einestheils und des Vergleiches anderntheils[79]). Noch ist eines von Puchta[80]) gemachten Versuches zur Auffindung eines Grundes für die Ungiltigkeit des Vergleiches bei den alten Litiscrescenzfällen zu gedenken. Er betrachtet hier die Mittel zur Verhütung muthwilligen Processirens, erwähnt als solche insbesondre die poenae inficiationis, kommt nun in diesem Zusammenhange auf die Verdoppelungsfälle des alten Rechtes und bei der Darstellung ihrer Eigenthümlichkeiten auch auf die von Paulus[81]) erwähnte Besonderheit derselben zu sprechen: ex his causis, quae inficiatione duplantur, pacto decidi non potest. Den gemeinschaftlichen Grund der Unzulässigkeit des Vergleiches für alle Verdoppelungsfälle findet Puchta darin, daß ein pactum ungiltig sei, wodurch man sich von einer Strafe für eine künftige Handlung frei machen wolle[82]). Er argumentirt hier in folgender Weise: wenn Jemand z. B. mit

---

ordine praecavetur. Aehnliche Ausdrücke, wie transactio, quae nullo iure interposita est oder pacisci non licet, kommen aber auch schon im Codex Gregor. und Hermogen. vor. Besondere Aufmerksamkeit verdient auch noch die Art und Weise, wie sich die Consultatio cap. 7. (die Stelle ist abgedruckt bei Rudorff a. a. O. N. 64, S. 342 flg.) über Compromisse und Vergleiche nach ergangenem Urtheile ausdrückt.

78) Derselbe Fehler fällt auch Goldschmidt, im Archiv Bd. IX, S. 76 flg. zur Last, welcher a. a. O. S. 79 zwei Arten von Vergleichen post rem iudicatam unterscheidet; erstens solche, wo der obsiegende Theil über sein durch rechtskräftiges Urtheil gesichertes Recht nicht gehörig belehrt, solches vielmehr für zweifelhaft haltend, gerade um Ungewißheit zu beseitigen, sich zu vergleichen beabsichtigt; zweitens solche, wo der obsiegende Theil über den Umfang seiner Rechtszuständigkeiten vollkommen belehrt, nichtsdestoweniger dem unterliegenden einen übereingekommenen Nachlaß zu bewilligen sich bewogen findet. Die erstere Art von Vergleichen hält er für völlig ungiltig wegen des zum Vergleiche nicht geeigneten Gegenstandes; die letztere Art von Vergleichen hält er dagegen für vollkommen giltig, sich auf die oben ausgelegte L. 32. C. II. 4 stützend, indem er sich der Auslegung derselben von Vinnius im wesentlichen anschließt. Es kann aber im letzteren Falle offenbar nicht von einem Vergleiche, welcher immer ein ungewisses Rechtsverhältniß voraussetzt, sondern nur von einem gewöhnlichen, nicht vertragsmäßigen Verzichte die Rede sein.

79) Vgl. Rudorff a. a. O. Bd. 14, S. 343 flg. Risch a. a. O. S. 82.

80) Vgl. Puchta, Institutionen Bd. 2, §. 157, N. f.

81) Paul. Sentent. Lib. I. Tit. 19. §. 2.

82) Vgl. L. 27. §. 4. D. 2. 14.: pacta, quae turpem causam continent, non sunt servanda, veluti ne furti agam, si feceris.

der actio legis Aquiliae belangt werden soll, so steht ihm zunächst ein zwiefacher Weg offen: entweder er gesteht das Delict oder er leugnet es; thut er das letztere, so nimmt er die Gefahr auf sich, wegen des neuen, im Leugnen enthaltenen Delictes in das Doppelte verurtheilt zu werden. Um dieser letzteren Gefahr zu entgehen, ist es möglich, daß der Beklagte lieber einen Vergleich über den Klaganspruch des Anderen eingehen mag; ein solcher Vergleich aber, weil er den Beklagten im voraus von der Strafe für ein noch nicht begangenes Delict (das processualische Leugnen als solches) befreien soll, muß eben so ungiltig sein, wie ein Vergleich über einen künftig erst zu begehenden Diebstahl oder Injurie. Man kann aber das processualische Leugnen als solches, weil es ja auch bona fide geschehen kann, nicht schlechthin als Vergehen, wie den Diebstahl und die Injurie, darstellen[83]). Dann aber ist bei der Nebeneinanderstellung des Vergleiches in einem solchen Verdoppelungsfalle mit dem Vergleiche de futuro delicto übersehen, daß der erstere gerade den entgegengesetzten Zweck und Erfolg hat als der letztere[84]). Durch den letzteren wird offenbar die Begehung des Delictes befördert, weil dessen nachtheilige Folgen für den Delinquenten schon im voraus durch den Vergleich beseitigt sind; deshalb ist ein solcher Vergleich gesetzlich für ungiltig erklärt. Im ersteren Falle hingegen wird die Begehung des Delictes nicht nur nicht gefördert (sofern überhaupt das processualische Leugnen als Delict angesehen werden darf, d. i. sofern es eine calumnia enthält), sondern es wird dadurch dessen Begehung geradezu unmöglich gemacht, indem der Klaganspruch nun nicht mehr zur gerichtlichen Verhandlung kommt und damit dem Beklagten die Möglichkeit des Leugnens ganz entzogen ist. Von hier aus hätte das Gesetz mehr Grund zur möglichsten Begünstigung solcher Vergleiche als zu deren Verwerfung. Wäre die Argumentation von Puchta richtig, so müßte der Gesetzgeber noch viel eher als Vergleiche die unentgeltlichen (donationis causa geschlossenen) pacta bei solchen Verdoppelungsfällen verboten haben, welche die Unsittlichkeit noch viel mehr befördern würden. In der That sind nur die eigentlichen pacta de futuro crimine nichtig; für die Verdoppelungsfälle ist aber gerade das Gegentheil anerkannt[85]). — Das positive Ergebniß der bisherigen Erörterung über den Grund der Unzulässigkeit des Vergleiches post rem iudicatam läßt sich so zusammenfassen: das rechtskräftige Urtheil schafft juristische Gewißheit in Ansehung des bisher streitigen Verhältnisses; der Vergleich setzt aber nothwendig ein ungewisses Rechtsverhältniß voraus; deshalb ist ein Vergleich über eine rechtskräftig entschiedene Sache rechtlich undenkbar. b) Grenzen der Anwendung dieses Princips. Diese lassen

83) Rudorff a. a. O. S. 344 flg. Risch a. a. O. §. 11, N. 17, S. 84 flg.
84) Vgl. Risch a. a. O. S. 85.
85) Paul. Sentent. Lib. I. Tit. 1. §. 5. Vgl. Rudorff a. a. O. S. 345. Risch a. a. O. S. 85.

sich nach zwei Richtungen wahrnehmen: aa) nur in Ansehung des juristisch Gewissen („de re iudicata") ist ein fernerer Vergleich unzulässig; bb) nur der Vergleich (pacto decidere) über res iudicata ist unzulässig. Was zunächst die letztere Begrenzung des Satzes zu bb. betrifft, so ist nur an das früher schon Bemerkte zu erinnern, daß der Vergleich als Vertrag von anderen Verträgen sich dadurch wesentlich unterscheidet, daß er eine lis dubia voraussetzt, was bei anderen Verträgen, namentlich also bei dem Erlasse im Wege der Schenkung, nicht der Fall ist. Daraus folgt, daß einem größeren oder geringeren Nachlasse des nunmehr durch das Urtheil gewiß gemachten Rechtes von Seiten des obsiegenden Theiles aus Liberalität nichts im Wege steht. Was die Begrenzung des Princips nach der ersteren Hinsicht zu aa. anlangt, so darf man dasselbe nach seiner römischen Formulirung („post rem iudicatam transigi non posse") nicht in seinem strengsten Wortverstande nehmen, und schon mit dem Augenblicke, wo das Urtheil gesprochen ist, jeden Vergleich über den abgeurtheilten Anspruch für unzulässig erklären. Vielmehr muß das Urtheil zur formellen Wahrheit geworden, es muß unanfechtbar, rechtskräftig sein; erst dann ist ein Vergleich unzulässig. So lange also das Urtheil durch ein ordentliches Rechtsmittel angefochten werden kann, eignet sich der Anspruch, weil er noch nicht juristisch gewiß geworden ist, zum Vergleiche[86]). Selbst wenn ein Urtheil rechtskräftig ist, würde es unrichtig sein, einen Vergleich für überall unzulässig zu erklären; vielmehr ist dem aufgestellten Princip gemäß dessen Zulässigkeit in folgenden Fällen anzuerkennen: α) wenn es unter den Parteien selbst ungewiß ist, ob eine rechtskräftige Entscheidung schon vorhanden ist oder nicht[87]); β) wenn das rechtskräftige Erkenntniß durch ein außerordentliches Rechtsmittel wieder in Frage gestellt worden ist oder werden will[88]); γ) wenn auch die rechtliche und factische Existenz des Urtheils gar nicht in Zweifel gezogen oder bestritten wird, ist ein Vergleich post rem iudicatam doch insoweit noch zulässig, als über den Sinn des Urtheils oder den Umfang des rechtskräftig anerkannten Anspruches noch Zweifel erhoben werden, und noch viel mehr, wenn das Urtheil den Betrag der festgestellten Verbindlichkeit noch nicht ausgesprochen, sondern dessen Feststellung einem besonderen Liquidationsverfahren überlassen hat; in allen diesen Fällen nämlich ist ungeachtet des rechtskräftigen Urtheils immer noch res dubia vorhanden, deren Be-

86) L. 7. pr. D. 2. 15.: et post rem iudicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit, vel appellare potueris. Es ist hier daran zu erinnern, daß bei den Römern die sententia iudicialis auch schon vor Eintritt der Rechtskraft „res iudicata" hieß, während wir heutzutage unter diesem Ausdrucke nur ein rechtskräftiges Urtheil verstehen. Vgl. den Artikel Urtheil Bd. XI, S. 787.

87) L. 11. D. 2. 15. L. 23. §. 1. D. 12. 6.

88) Z. B. wenn um Restitution gegen ein rechtskräftiges Urtheil nachgesucht worden ist. L. 32. C. II. 4. Heutzutage gilt dies auch von der Nichtigkeitsbeschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeiten und von dem Rechtsmittel der Restitution, wenn solche gegen ein rechtskräftiges Urtheil ergriffen worden sind.

seitigung durch Vergleich zulässig ist. δ) Endlich ist ein Vergleich als zulässig anzuerkennen zwischen den Personen, auf welche sich die Wirkung der Rechtskraft von Anfang an nicht erstreckt, ohne Rücksicht darauf, ob der jetzige Vergleich vielleicht auf die Person, bezüglich welcher das frühere Urtheil ergangen war, zurückwirke [89]). Das Resultat hinsichtlich der Grenzen des aufgestellten Princips ist kurz zusammengefaßt folgendes. Nur der Vergleich post rem iudicatam ist unzulässig, aber auch nur soweit, als die durch das rechtskräftige Urtheil geschaffene Rechtsgewißheit reicht. c) Wirkungen eines solchen nichtigen Vergleiches de re iudicata. Am nächsten liegt die Annahme, daß durch einen Vergleich post rem iudicatam jüristisch gar nichts vorgehe, also die durch das rechtskräftige Urtheil festgestellten Rechtsverhältnisse unverändert bleiben. In der That wird diese Consequenz in den römischen Rechtsquellen vollständig anerkannt, indem der siegende Kläger ungeachtet des Vergleiches auf Execution der ganzen zuerkannten Summe dringen darf [90]). Andererseits zahlt der Beklagte, welcher infolge des nichtigen Vergleiches vermeintlich eine Obligation übernommen und erfüllt hat, eine Nichtschuld und kann das Geleistete durch die condictio indebiti zurückfordern, vorausgesetzt, daß er es nicht auf das, was er in Gemäßheit des rechtskräftigen Urtheils schuldet, will anrechnen lassen, wozu ihn der Kläger nach Umständen nöthigen, jedenfalls aber das Retentionsrecht ausüben kann [91]). d) Ausdehnung des Principes auf Vergleiche über die durch Compromiß oder Eid oder Vergleich entschiedenen Sachen. Diese Ausdehnung wird von Rudorff [92]) verneint und eben darin noch ein wahres Element der im übrigen auch von ihm verworfenen Ansicht von Thibaut vom Vergleichsverbote auch noch für das Justinianeische Recht gefunden. Er sagt: Eid, Vergleich und Compromiß erschienen

---

89) Vgl. insbesondre L. 7. §. 1. D. 2. 15.

90) L. 3. Cod. Hermog. de pactis et transactionibus (Tit. 4.). Hier wird deutlich ausgesprochen, daß das transactionis causa geschlossene pactum de non petendo die executivische Geltendmachung des ganzen, durch das Urtheil festgestellten Anspruches nicht aufhebt. Dagegen hat den Auslegern die in Note 74 ausführlich besprochene L. 32. C. II. 4. die größte Schwierigkeit gemacht, welche zwar auch für den Fall des einfachen pactum de non petendo obige Consequenz anerkannte, dagegen für den Fall der gebrauchten Aquiliana stipulatio und acceptilatio die actio iudicati für zerstört erklärte. Die Lösung dieser Schwierigkeit für das römische Recht ist in Note 74 versucht worden. Für das heutige Recht, welches regelmäßig keine solchen formell wirkenden Geschäfte, wie die römische stipulatio und acceptilatio, mehr kennt, ist die erwähnte Schwierigkeit von Anfang an nicht vorhanden; vielmehr stellt der Kläger, welcher infolge des nichtigen Vergleiches auf seine Judicatsklage verzichtet hatte, dieselbe ebenso an, als wäre gar kein Vergleich abgeschlossen worden, d. h. er trägt auf Execution des Urtheils an.

91) L. 23. §. 1. D. 12. 6. L. 7. §. 1. D. 2. 15. L. 3. C. Hermog. de pact. et transact. (Tit. 4.).

92) Rudorff a. a. O. 347 flg.

eben immer nur als Privatconventionen ohne die publicistische Stellung und die executorische Kraft des Urtheils, und indem in L. 23. §. 3. D. 12. 6. ein Urtheil in einer bereits verglichenen Sache für rechtsbeständig erklärt werde (während umgekehrt ein Vergleich in einer abgeurtheilten Sache nichtig sei), werde von den römischen Rechtsquellen anerkannt, daß die Ausschließung des Vergleiches nach dem Urtheile nicht blos in der reinen Gewißheit der Entscheidung, sondern zugleich auch in der publicistischen Stellung des Richteramtes ihren Grund habe. In dieser Argumentation liegt aber, wie Risch [93]) mit Recht bemerkt, eine keineswegs unvermeidliche Inconsequenz. Da die Quellen directe Aussprüche über diese Frage nicht enthalten, so ist die Natur der Sache zu Hilfe zu nehmen. Diese weist aber darauf hin, daß ein Vergleich in einer verglichenen Sache nicht weniger ein Unding sei, als ein Vergleich in einer abgeurtheilten Sache [94]). Dadurch aber ist hier sowenig wie dort ausgeschlossen, erstens, daß eine andere Vertragsverfügung mit Bezug auf das durch Vergleich, Eid u. s. w. festgestellte Rechtsverhältniß getroffen werde, welche aber überall kein Vergleich ist, obwohl der gewöhnliche Sprachgebrauch sie als solche bezeichnet, sondern, wenn sie in einem Nachlasse an der Vergleichssumme besteht, ein Erlaß aus Liberalität, also eine Schenkung; zweitens wird aber damit auch die Möglichkeit eines Vergleiches insoweit, als noch Rechtsungewißheit besteht, nicht geleugnet [95]). Diesem Ergebniß steht auch die von Rudorff für seine Ansicht geltend gemachte L. 23. §. 3. D. 12. 6. nicht entgegen, indem diese Stelle weiter nichts sagt, als daß ein in einer verglichenen Sache gefälltes Urtheil nicht nichtig sei. Der Grund davon liegt einfach

93) Risch a. a. O. S. 91. Es spricht sich nämlich Rudorff a. a. O. S. 334 dahin aus: durch das Urtheil werde die nothwendige Voraussetzung des Vergleiches, die Ungewißheit, weggenommen, mithin sei ein Vergleich über den abgeurtheilten Anspruch unmöglich; denn es wäre nicht weniger widersinnig, eine einmal entschiedene Sache vergleichen, als eine verglichene oder entschiedene Sache durch ein (zweites) Urtheil erledigen zu wollen. Es ist nun aber nicht einzusehen, weshalb, wenn Rechtsungewißheit wirklich zu einem Vergleiche nothwendig vorausgesetzt wird, dieselbe als mangelnd nur in Betracht kommen solle bei dem Vergleiche in einer abgeurtheilten Sache und nicht mit demselben Rechte auch bei dem Vergleiche in einer durch Eid, Vergleich oder Compromiß beigelegten Sache. Daß aber diese letzteren modi litis finiendae auch Gewißheit schaffen, erkennt Rudorff a. a. O. S. 349 selbst an.

94) Denn wenn zwei Parteien sich eben erst dahin vereinigt haben, etwas als Gewißheit in ihrem streitigen Verhältnisse anzuerkennen, so ist in diesem Augenblicke die bisherige Ungewißheit für immer getilgt, d. h. es ist zwar nicht die Wahrheit des Rechtsverhältnisses festgestellt, aber doch an ihrer Statt ein anderes durch Vertrag begründet worden, welches nunmehr gewiß ist. Wird freilich die Existenz des früheren Vergleiches oder dessen Umfang in Abrede gestellt, so ist wieder eine Ungewißheit vorhanden und ein Vergleich ist allerdings dann denkbar und zulässig, ganz analog dem Falle: si negetur iudicatum esse. Ebenso verhält es sich mit den übrigen modi litis finiendae.

95) Vergl. die weitere Ausführung darüber bei Risch a. a. O. S. 93, N. 31.

darin, daß der Vergleich von Anfang keine formelle Wahrheit schafft, als welche nicht durch eine spätere, formelle Wahrheit schaffende Streitbeendigung beeinträchtigt werden dürfte; er ist nur ein Mittel zur Beseitigung, nicht zur Beendigung des Streites. Indem nun ungeachtet der vergleichsmäßigen Beseitigung des Streites noch ein Rechtsstreit über das alte Streitverhältniß entstand, war zwar eine Abweisung des Klägers auf Grund der exceptio rei transactae durch das Gericht möglich; geschah dies aber nicht, es sei, aus irgend welchem Grunde, z. B. weil der wirklich geschlossene Vergleich nicht erweislich war, so hing der Inhalt des Urtheils von dem Inhalte des früher geschlossenen, das ungewisse Verhältniß von Anfang an nicht entscheiden wollenden Vergleiches durchaus nicht ab. Hieraus darf man aber nicht zu weit reichende Folgerungen ziehen, insbesondre nicht die, daß nun, weil das Urtheil in einer verglichenen Sache nicht nichtig, ein Vergleich in der verglichenen Sache überall zulässig sei[96]). — Was schließlich die Frage betrifft, wie die neueren Gesetzgebungen die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Vergleiches nach rechtskräftig entschiedener Sache aufgefaßt haben, so zeigt die Vergleichung dieser Gesetzgebungen im allgemeinen, daß die gemeinrechtliche Lehre auch von den partikulären Gesetzbüchern angenommen worden ist. Zwar bestimmt das österreichische Gesetzbuch nichts speciell über diesen Punkt, überläßt also die Entscheidung der Frage der Theorie; dagegen aber enthalten sowohl das preuß. Landrecht[97]), als die bayerische Gerichtsordnung[98]) wenigstens eine indirecte Anerkennung des gemeinrechtlichen Satzes, und der französische Code[99]) spricht die Unstatthaftigkeit eines Vergleiches über eine rechtskräftig entschiedene Sache ausdrücklich aus. 3) Grundsätze des römischen Rechtes in Ansehung des Vergleiches über delicta privata und crimina publica et extraordinaria. Nach den früheren Bemerkungen sind dem Privatvergleiche diejenigen Rechtsverhältnisse unzugänglich, welche überhaupt der Privatdisposition entzogen sind. Dahin gehört nach der modernen Rechtsentwickelung das ganze Strafrechtswesen. Die Strafverfolgung gilt heutzutage als Aufgabe des Staates und seiner Behörden, nicht als Sache der Individuen als solcher. Die öffentlichen Organe sorgen von Amtswegen für die Ermittelung der Straffälle und für die Ueberführung und Bestrafung der Uebertreter der Strafgesetze, und nur in wenigen Ausnahmsfällen ist den Privaten als solchen gesetzlich ein entscheidender Einfluß auf die Strafverfolgung selbst, insbesondre darauf, ob eine solche überhaupt einzuleiten sei, eingeräumt. Dies ist das sog. inquisitorische Princip,

---

96) Die Gründe dafür siehe bei Risch a. a. O. S. 94, N. 32.

97) Preuß. Landr. §. 408, 409.

98) Bayer. Gerichtsordnung XVII, §. 1, Nr. 5 und dazu Kreittmayr, Anm. zur Gerichtsordnung a. a. O. Siehe auch noch Seuffert, Comm. zur bayer. Gerichtsordnung B. IV, Abth. 1, S. 196.

99) Code civil art. 2056.

welches der heutigen Rechtsanschauung zum Grunde liegt, nicht zu verwechseln mit der inquisitorischen Form des Strafverfahrens. Anders war es im römischen Strafrechtswesen, welches bis zu Justinian wesentlich auf dem accusatorischen Princip beruhte, also nicht blos die accusatorische Form des Verfahrens hatte, deren Verbindung auch mit unserem inquisitorischen Princip möglich und in neuerer Zeit fast von allen neuen teutschen Strafproceßordnungen wirklich durchgeführt worden ist, sondern auch von dem Grundsatze der Privatanklage mit dessen Folgen beherrscht wurde. Dieser fundamentale Gegensatz des römischen und heutigen Strafrechtswesens zeigt sich ferner auch noch darin, daß das römische Recht eine Reihe sogenannter Privatdelicte als der gewöhnlichen privatrechtlichen Behandlung zufallende Rechtsverletzungen kennt, welche heutzutage fast sämmtlich unter die mit öffentlicher Strafe belegten Verbrechen und Vergehen fallen. Hiernach hat das römische Recht der Privatwillkür einen weit größeren Einfluß auf die Strafverfolgung eingeräumt, als dies nach unserer heutigen Rechtsanschauung überhaupt denkbar ist. Dies gilt, wie von Privatverträgen überhaupt, so auch insbesondre von Privatvergleichen. Vergleiche über Verbrechen und Vergehen sind heutzutage nur hinsichtlich des Privatinteresse möglich, welches der Beschädigte von dem Verletzenden durch Civilklage fordert; das römische Recht hingegen räumt dem Privatvergleiche auch eine Wirksamkeit ein, welche die Strafverfolgung selbst berührt. Im einzelnen ist vor allem der Unterschied zwischen delicta privata und publica von Gewicht. Das Privatdelict gehörte ganz und gar zum privatrechtlichen Gebiete des Beschädigten, welchem gegen den Delinquenten ein Anspruch auf Schadensersatz und Buße zustand. Von jeher bildeten diese Privatdelicte nicht nur einen möglichen Gegenstand des Vergleiches, sondern es war dieses gerade das ursprünglichste und älteste Gebiet des Vergleiches, da schon in den 12 Tafeln hier die proceßzerstörende, bezüglich die Talion ausschließende Kraft des pactum anerkannt war. Durch den Vergleich über ein solches Privatdelict wurde nun nicht blos die Privatdelictsklage ausgeschlossen[100]), sondern es wurde auch in den Fällen, in welchen infolge späterer Rechtsentwickelung der Beschädigte die Wahl zwischen privatrechtlicher Verfolgung und accusatio hatte, auch die letztere durch den Vergleich gehindert. Hatte jedoch das fragliche Delict im Falle der Verurtheilung die Infamie zur Folge, so wurde der transigirende Delinquent durch den Vergleich nicht nur nicht vor der Infamie gesichert, sondern er galt, wenn der Vergleich nicht auf Befehl des Prätors geschlossen war, geradezu als geständig und wurde infam[101]). Anlangend die delicta publica, so wird im römischen Rechte hier wieder zwischen crimina capitalia (hier im engeren Sinne diejenigen, welche „sanguinis poenam ingerunt") und non capitalia unterschieden.

---

100) L. 54. §. 5. D. 47. 2.
101) L. 4. §. 5. L. 5. 6. §. 3. D. 3. 2.

In Betreff der crimina capitalia war, mit Ausnahme des adulterium, ein Vergleich zwischen dem Ankläger und dem Beschuldigten ohne Nachtheil für einen von beiden zulässig [102]). Der Vergleich ist der Vertrag zwischen Ankläger und Beschuldigtem, infolge dessen ersterer gegen Entgelt entweder die bereits erhobene Anklage fallen ließ oder im Falle noch nicht erhobener Anklage nicht als Ankläger aufzutreten versprach. Dieser Vertrag band die transigirenden Personen (nicht aber einen Dritten, welcher als Ankläger auftreten wollte), d. h. der Ankläger konnte nunmehr die erhobene Anklage nicht fortsetzen oder erneuern, bezüglich mit der noch nicht erhobenen nie mehr hervortreten, und zwar dieses Alles, ohne daß der transigirende Ankläger in die dem tergiversator durch das SC. Turpillianum gedrohte Strafe verfiel, noch der transigirende reus nun infolge des Vergleiches als überführt gegolten hätte [103]). Dagegen in Betreff der crimina non capitalia war dem Vergleiche zwischen Ankläger und Beschuldigten zwar nicht geradezu jede Wirksamkeit versagt, indem der Ankläger die aufgegebene Anklage nicht wieder erneuern konnte; allein es hatte ein solcher Vergleich sowohl für den Ankläger als für den Beschuldigten Nachtheile zur Folge, indem der zurücktretende Ankläger in die poena SC. Turpilliani verfiel [104]), der transigirende Beschuldigte aber als geständig und überführt galt [105]). — Daß diese Grundsätze des römischen Rechtes heutzutage grundsätzlich unanwendbar sind, ist bereits früher bemerkt worden. Indessen haben sich einzelne neuere Strafgesetzgebungen dem römischen Rechte wieder genähert, indem sie bei Verbrechen, welche nur auf Antrag eines dabei Betheiligten verfolgt werden, nicht blos die Eröffnung der Untersuchung von einem solchen Antrage abhängig machen, sondern selbst die Bestrafung wegfallen lassen, wenn der Betheiligte seinen gestellten Antrag vor Eröffnung eines Straferkenntnisses zurücknimmt [106]). Hierdurch ist die Zulässigkeit eines Vergleiches über solche Delicte, die nur auf Antrag eines dabei Betheiligten verfolgt werden, anerkannt. 4) **Vergleich über letztwillig hinterlassene Alimente.** Ihrer allgemeinen Natur nach eignen sich Alimentenansprüche vollkommen zu einem Vergleiche. Es treffen bei ihnen nämlich die beiden wesentlichen Voraussetzungen eines Vergleiches zu; erstens sind sie, auch abgesehen von jeder Differenz über Umfang und Inhalt der Berechtigung, schon wegen der Ungewißheit ihres Betrages von jetzt an bis zu dem nicht zu bestimmenden und außer Berechnung liegenden Zeitpunkte ihres Aufhörens eine res incerta (eine Voraussetzung, welche freilich nur nach römischem Rechte, nicht nach der heutigen Rechtsanschauung, wie früher bemerkt worden ist, zur Qualification des Vergleichsgegenstandes genügt); zweitens gehören sie zu dem

102) L. 18. C. II. 4. L. 1. D. 48. 21. L. 7. D. 47. 15.
103) Vgl. die in der vorigen Note angeführten Stellen.
104) L. 18. C. II. 4.
105) L. 7. D. 47. 15.
106) Z. B. Thüring. StGBuch Art. 70.

vermögensrechtlichen Gebiete der betreffenden Personen und sind im allgemeinen der freien privatrechtlichen Disposition derselben unterworfen. An sich läge also kein Grund vor, die Giltigkeit jeder Vergleichsdisposition zur Beseitigung der erwähnten Rechtsungewißheit zu bezweifeln, ohne Rücksicht darauf, ob dadurch der eine oder andere Transigent in Nachtheil kommt oder nicht. Im römischen Rechte ist aber seit der Oratio Divi Marci eine positive Beschränkung solcher Vergleiche begründet, deren Grundgedanke von Ulpian[107]) so ausgedrückt wird: ne aliter alimentorum (relictorum) transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta. Die natürliche Fähigkeit von Alimentenansprüchen zum Gegenstande eines Vergleiches wird also nicht absolut verneint, aber sie wird an besondere Voraussetzungen geknüpft, welche keineswegs etwa blos die Form des Actes betreffen, sondern auch das Materielle des Vergleiches; das Verbot des Vergleiches über letztwillig hinterlassene Alimente ist nur ein relatives. Von diesem Gesichtspunkte aus ist Folgendes zu erörtern. a) Was verbietet das erwähnte Gesetz? Die positive Grundlage der ganzen Untersuchung bildet die aus Ulpian's Lib. V. de omnibus tribunalibus entlehnte L. 8. D. 2. 15., worin dieser Jurist die Oratio Divi Marci mit casuistischer Sorgfalt commentirt. Wenn auch der Wortlaut dieses Gesetzes uns nicht überliefert ist, so läßt sich doch aus dem gegebenen Material der verbietende Inhalt desselben in der Art entnehmen, daß ein Vergleich über letztwillig hinterlassene, künftige Alimente verboten wird, wodurch der Alimentenempfänger seine Lage verschlechtert, namentlich wenn dadurch geschieht, daß er die sofort bezahlte Vergleichssumme consumirt. Betrachtet man das Verbot im einzelnen, so ist erstens verboten nur die transactio, der Vergleich, nicht auch der unentgeltliche Verzicht auf die ganze Alimentenberechtigung[108]). Zweitens ist aber nur verboten der Vergleich über Alimente, d. h. über ausgesetzte periodische Natural- oder Geldbezüge mit der besonderen Bestimmung, der Person des Honorirten, nicht auch seinen Erben, die zur physischen Nothdurft gehörigen Lebensbedürfnisse an Nahrung, Kleidung und Wohnung zu verschaffen[109]). Nicht unter

---

107) L. 8. pr. D. 2. 15.

108) Diese Frage ist zwar von jeher eine bestrittene; sie ist aber aus folgenden Gründen in der oben bemerkten Weise zu beantworten. Der am nächsten liegende Grund ist, daß der Wortlaut des Verbotes blos die transactio, nicht das pactum donandi animo umfaßt, die Ausdehnung verbietender Gesetze aber schon an sich bedenklich und dann geradezu unzulässig ist, wenn sich der Grund des Gesetzes nicht auch auf den anderen, vom Verbote nicht ausdrücklich begriffenen Fall übertragen läßt, wie es hier in der That nicht zulässig ist (vgl. unten sub d.). Dann ist kein Grund abzusehen, warum, sowie es von Anfang an in dem freien Willen des Berechtigten lag, die ihm zugewendete Alimentation anzunehmen oder auszuschlagen, es ihm nicht zustehen sollte, später rechtsverbindlich auf seine Alimentenberechtigung zu verzichten.

109) Aus den „Alimenten“ in diesem weiteren Sinne werden dann bisweilen die einzelnen Hauptrichtungen jener physischen Lebensbedürfnisse aus-

den Begriff der Alimente fallen, weil sie nicht von Anfang an der unmittelbaren Befriedigung der nothwendigsten Lebensbedürfnisse blos des Alimentenempfängers bestimmt sind und deshalb auch der Beschränkung der Oratio Divi Marci nicht unterliegen, alle anderen periodischen, wenn auch auf die Lebensdauer des Berechtigten beschränkten Einkünfte (Leibrenten); ein Vergleich zur Ablösung derselben durch eine Bauschsumme ist vielmehr nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu beurtheilen[110]). Auch wenn der Vergleich nicht Alimentenberechtigung als solche und unmittelbar ergreift, gleichwohl aber mittelbar auf dieselbe gefährdend und schädlich einwirkt, findet das Verbot der Oratio Divi Marci statt[111]). Drittens fallen nicht alle Alimentenforderungen unter das Verbot, sondern nur alimenta mortis causa relicta, gleichviel übrigens ob sie in einem Testamente oder Codicill hinterlassen sind oder auf einer mortis causa donatio beruhen[112]), nicht aber die auf einem Geschäfte unter den Lebenden beruhenden Alimentenansprüche[113]). Die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis hat sich indessen für eine Gleichstellung der auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenberechtigung mit den letztwillig hinterlassenen Alimenten erklärt[114]). Viertens endlich trifft das Verbot nur den Vergleich über alimenta futura, nicht über alimenta praeterita, d. h. über solche Ansprüche, welche ihren eigenthümlichen Charakter, die unmittelbaren Lebensbedürfnisse des Alimentenempfängers zu befriedigen, durch den Ablauf der Periode ihrer Fälligkeit verloren haben; sie sind gewöhnliche Schuldforderungen und sind also dem Verbote des Vergleiches nicht unterworfen[115]). Endlich verbietet das Gesetz nicht jeden Vergleich über letztwillig hinterlassene Alimente, sondern nur diejenige transactio, „qua alimentarius causam alimentorum deteriorem facit." Hiernach bleibt vorerst jener Vergleich außer Betracht, bei welchem der Alimentenempfänger nicht als Transigent erscheint, sondern nur dritte Personen, sollte dadurch auch in irgend einer Weise die Alimentenberechtigung berührt werden[116]), indem ein solcher Vergleich dem Alimentenempfänger keinen Nachtheil oder Gefahr bringen kann. Aber

---

geschieden: victus, welcher auch oft durch alimenta im engeren Sinne bezeichnet wird, habitatio, vestiarium, calcearium u. s. f. In L. 8. §. 12. 13. D. 2. 15. wird nun von Ulpian ausgesprochen, daß ein Vergleich in der einen Richtung der Alimentenberechtigung nicht auch zugleich einen solchen in der anderen Richtung enthalte; insbesondre soll derjenige, welcher blos über alimenta transigirt habe, seinen Anspruch auf Kleidung, Wohnung u. s. w. unverkürzt behalten.

110) L. 8. §. 23. D. 2. 15. Es kommt jedoch nicht gerade auf die wörtliche Benennung als „Alimente" an; denn Ulpian sagt darüber: ceterum si usufructus modicus alimentorum vice sit relictus, transactionem sine Praetore factam nullius esse momenti.

111) L. 8. §. 15. D. 2. 15.

112) L. 8. §. 2. D. 2. 15.

113) L. 8. §. 2. fin. D. eod.

114) Glück a. a. O. S. 53 flg.

115) L. 8. C. II. 4.

116) L. 8. §. 5. D. 2. 15.

auch ein von dem Alimentenberechtigten selbst geschlossener Vergleich ist von Anfang an giltig, wenn er die Lage des Alimentenempfängers augenscheinlich verbessert [117]). Selbst jene Vergleiche unterliegen dem Verbote nicht, welche, wenn auch keine augenscheinliche Verbesserung, doch auch keine erkennbare Verschlechterung der Lage des Alimentenempfängers, sondern nur unbedeutende Aenderungen in der Modalität der Entrichtung der Alimente enthalten [118]). Es lassen sich aber auch Fälle denken, wo sich die Förderlichkeit oder Schädlichkeit oder auch Bedenklichkeit des Vergleiches für die Interessen des Alimentenempfängers nicht sofort erkennen läßt. Es ist dies namentlich dann der Fall, wenn der Alimentenberechtigte gegen eine baare Abfindung (repraesentata pecunia) auf seine Berechtigung verzichten will, was möglicherweise in seinem Interesse sein, aber ebenso auch zum Nachtheile des Alimentenempfängers ausschlagen kann, der, wenn er unverständig und leichtsinnig ist, gegen den augenblicklichen verlockenden Vortheil der repraesentata pecunia der Zukunft nicht eingedenk, durch einen solchen Vergleich die Sicherstellung seiner physischen Existenz aufgiebt und möglicherweise selbst dem Staate oder der Gemeinde zur Last fällt. Für solche Fälle tritt nun das Verbot der Oratio Divi Marci ein, was zwar solche Vergleiche nicht absolut verbietet, aber doch Sicherheit dafür fordert, daß der Vergleich nicht zum Nachtheile des Alimentenempfängers ausfalle. b) Voraussetzungen, unter welchen das Verbot wegfällt. Ein die conditio alimentarii gefährdender Vergleich setzt zu seiner Giltigkeit die obrigkeitliche Bestätigung voraus, welche nur nach vorgängiger strenger causae cognitio ertheilt werden darf [119]). Wurde die Bestätigung ohne causae cognitio oder ohne vollständige causae cognitio ertheilt, so wird ein solcher Vergleich ebenso betrachtet, als wäre gar keine Bestätigung gebeten und ertheilt worden [120]). Die causae cognitio soll sich nach Ulpian nach drei Hauptrichtungen erstrecken: erstens auf die causa transactionis, d. h. ob ein genügender und erheblicher Grund vorhanden sei, warum der Alimentenempfänger einen Vergleich abschließen wolle; zweitens auf den modus transactionis, d. h. auf die Bedingungen, unter welchen der Vergleich eingegangen werden soll; drittens auf die Personen der Transigenten, wobei in Ansehung des Alimentenempfängers auf dessen Lebenswandel, bei dem ablösenden Alimentenverpflichteten aber auf Vermögen und

---

117) L. 8. §. 6. D. 2. 15.

118) L. 8. §. 24. 25. D. 2. 15. Die citirten §§. stehen insofern nicht im Einklange, als §. 24 für eine solche Permutation, wie sie der §. 25 unbedingt zuläßt, noch vorherige disceptatio Praetoris verlangt; eine Hebung dieses Widerspruches ist vielleicht dadurch mit Risch möglich, daß §. 24 seinem Wortlaute gemäß blos auf die transactio de alimentis, quae ad victum necessaria sunt, §. 25 hingegen auf die transactio de habitatione beschränkt wird.

119) L. 8. pr. D. 2. 15.

120) L. 8. §. 17. D. 2. 15.

Ehrlichkeit gesehen werden soll[121]). c) Wirkungen des gegen das Verbot eingangenen Vergleiches. Ein Vergleich, welcher zu seiner Eingehung der obrigkeitlichen Bestätigung bedurft hätte, aber ohne solche eingegangen ist, ist nichtig (transactio nulla)[122]). Hiernach kann der Alimentenberechtigte ungeachtet seines Verzichtes die periodische Alimentenforderung immer noch geltend machen; der Abfindende hingegen kann das sine causa (aus dem nichtigen Geschäfte) Geleistete zurückfordern, soweit es nicht auf bereits verfallene Posten sich aufrechnen läßt, und nur mit Beschränkung auf die Bereicherung des im guten Glauben befindlichen Alimentenempfängers[123]). d) Rechtspolitische Motive, welche dem Verbote zum Grunde liegen. Als Grund des Verbotes wird von Ulpian angegeben: cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesente[124]). Hierdurch wird befriedigend erklärt, warum die Oratio blos den entgeltlichen Vergleich, nicht auch den unentgeltlichen Verzicht treffen wollte. Denn letzterer ist nicht so sehr gewöhnlich, am wenigsten bei den in dürftigen Umständen befindlichen Alimentenberechtigten; anders verhält es sich dagegen in Ansehung des durch den augenblicklichen größeren Vortheil lockenden Vergleiches. Auch dafür, daß der Gesetzgeber gerade die Alimentenberechtigung von der Regel der völligen Dispositionsfreiheit über die zuständigen Vermögensrechte ausnahm, ist ein befriedigender legislativer Grund in der eigenthümlichen Natur dieser Berechtigung erkennbar, insofern sie nämlich dem Berechtigten seine öconomische Existenz völlig sichert und zugleich das Gemeinwesen von der künftigen Sorge für den durch irgend einen Zufall Verarmenden befreit. Von hier aus aber ist noch nicht begreiflich, warum nicht der Gesetzgeber den die Lage des Alimentenberechtigten gefährdenden Vergleich schlechthin verboten hat, ohne Unterschied des Entstehungsgrundes der Alimentenberechtigung. Das fernere ergänzende Moment in dem legislativen Motiv des Verbotes ist in der Absicht des Gesetzgebers erkennbar, durch das Verbot eine leichtsinnige Mißachtung der mit weiser Fürsorge für das Wohl des Honorirten getroffenen letztwilligen Verfügung zu verhindern. Es soll dadurch verhindert werden, daß durch übereiltes Eingehen eines durch die baare Abfindung lockenden Vergleiches der die Freigebigkeit des Verstorbenen im allgemeinen annehmende Alimentenempfänger doch in eine Lage gerathe, welche der Testator gerade durch die Anordnung der periodischen Darreichung des zum Lebensunterhalte des Bedachten Nothwendigen ausschließen wollte. 5) Vergleich über den Inhalt eines noch uneröffneten Testamentes. Vor Cujacius ging die einstimmige Meinung der Glossatoren dahin, daß ein

121) L. 8. §. 9. 10. 11. D. 2. 15.
122) L. 8. pr. D. 2. 15. L. 8. C. II. 4.
123) L. 8. §. 22. D. 2. 15.
124) L. 8. pr. D. 2. 15.

solcher Vergleich nichtig sei[125]). Seit Cujacius ist die Giltigkeit eines solchen Vergleiches sehr bestritten. Die berühmtesten Juristen der früheren Zeit sowie der jetzigen stehen sich hier schroff gegenüber[126]). Nach früheren Bemerkungen wird der taugliche Vergleichsgegenstand durch zwei Momente charakterisirt: er muß res dubia, sei es infolge gerichtlicher oder außergerichtlicher Bestreitung oder anderer verungewissernder Umstände, und er muß res privati arbitrii sein, d. h. er darf weder nach seiner allgemeinen Natur, noch durch positive Vorschrift der Privat- und insbesondre der Vergleichsdisposition entzogen sein. Ein Rechtsanspruch, in Ansehung dessen beide Momente vorhanden sind, eignet sich mithin für einen Vergleich; soll ein Rechtsanspruch nicht zum Vergleichsgegenstande tauglich sein, so muß er des einen oder anderen oder gar beider Momente entbehren. Bei der vorliegenden Frage also muß die bejahende Meinung das Dasein beider Erforderniße behaupten, die verneinende Meinung das Dasein entweder des ersten oder des zweiten oder gar beider Erforderniße in Abrede stellen. In der That verhält es sich so; insbesondre zerfällt die verneinende Meinung in verschiedene Heerlager, von welchen das eine die Unzulässigkeit auf den Mangel der res dubia stützt, analog der Unzulässigkeit des Vergleiches de re iudicata, z. B. Donellus und Puchta, das andere sich blos auf das positive Verbot der L. 6. D. 2. 15. beruft, wie Vinnius, Schweppe, Wening-Ingenheim u. A., das dritte endlich beide Gründe der Unzulässigkeit (innere Unmöglichkeit und positives Verbot) verbindet, wie in der älteren Zeit Schilter, Bachov u. A. Was zuvörderst die verneinende Meinung anlangt, wobei mit der von Donellus und Puchta zu beginnen ist, so argumentirt Donellus und gewiß auch Puchta, welcher freilich nur das Resultat seines Gedankenganges in dieser Beziehung mittheilt[127]), in folgender Weise. Jeder Vergleich setzt eine von der Gegenpartei ganz oder theilweise widersprochene Prätension voraus; vor Eröffnung und Einsicht des Testamentes kann von einer solchen lis dubia gar nicht die Rede sein; folglich ist ein Vergleich über den Inhalt des noch nicht eröffneten Testamentes ein Unding;

125) Die griechischen Juristen Stephanus und Cyrillus geben einfach den Sinn der L. 6. D. 2. 15. wieder. Vgl. Schol. *Περὶ τῶν* und Schol. *Κυρίλλου* Basil. T. I. p. 671. ed. Heimbach.

126) Von den älteren Juristen wird die Giltigkeit verneint von Vinnius l. c. cap. V. Voet, Comm. ad Pand. Lib. II. Tit. 15. §. 12. 13. Donellus ad L. 32. C. II. 4. und vielen Anderen, angeführt bei Glück a. a. O. S. 26, N. 60; bejaht von Cuiacius ad L. 1. D. 2. 15. Hottomannus, Comm. ad L. 6. D. 2. 15. Noodt l. c. cap. 18. Schulting, Comm. acad. Vol. I. Diss. IV. p. 204. Gundling, Diss. de transact. test. tabulis non inspectis. Hal. 1735. und Anderen, angeführt bei Glück a. a. O. S. 34, N. 79. Von den neueren Juristen verneinen die Giltigkeit Schweppe, Wening-Ingenheim, Puchta, Thibaut, Sintenis und Andere; bejaht wird sie von Göschen, Koch, Savigny (System Bd. 1, S. 256, N. 6) und Risch a. a. O. §. 14, S. 108—130.

127) Puchta, Pandekten §. 294.

wohl aber kann der im Testamente Bedachte donandi animo, nie aber transigendi animo vor Eröffnung des Testamentes paciſciren. Die Beſtätigung dieſer ſeiner Anſicht findet Donellus, abgeſehen von der dieſelbe geradezu formulirenden L. 6. D. 2. 15., in der Entſcheidung, welche Scävola in einem Rechtsfalle gebe[128]). Gegen dieſe Ausführung iſt Folgendes zu erinnern. Vorerſt verdient es keine Billigung, wenn Donellus hier jeden Vergleichsgegenſtand auf lis dubia zurückführen will, indem ſich auch andere Fälle denken laſſen, z. B. es iſt ein bedingtes Legat hinterlaſſen; obgleich das Teſtament noch nicht eröffnet iſt, ſind ſowohl Erbeinſetzung als Hinterlaſſung des Legates den betreffenden Perſonen bekannt. Hier läßt ſich recht wohl denken, daß der Legatar zur Beſeitigung des incertum conditionis ſich mit dem Erben zu vergleichen geneigt iſt, und hier entſteht die obige Frage, ob der Vergleich ungeachtet der noch nicht erfolgten Eröffnung des Teſtamentes giltig ſei. Zweitens läßt ſich nicht behaupten, daß vor Eröffnung des Teſtamentes von beſtrittenen und darum zweifelhaften Prätenſionen, alſo auch von Vergleichen zur vertragsmäßigen Herſtellung von Gewißheit gar keine Rede ſein könne. Dieſe Anſicht beruht vorzugsweiſe auf einer unrichtigen Vorſtellung von den verſchiedenen Möglichkeiten, wie das Bewußtſein von dem Inhalte auch des noch uneröffneten Teſtamentes afficirt wird. Donellus hatte bei ſeiner Argumentation weſentlich nur den Fall im Auge, wo der Inhalt des Teſtamentes noch ganz unbekannt iſt; für dieſen Fall muß man auch die Unmöglichkeit eines Vergleiches einräumen, aber nicht als eine reine juriſtiſche, ſondern als eine factiſche Unmöglichkeit. Dieſer Fall iſt aber nicht der allein mögliche; vielmehr laſſen ſich zwei andere Möglichkeiten nicht nur eben ſo leicht denken, ſondern kommen in der That ebenſo häufig vor, nämlich daß entweder alle betheiligte Perſonen den Inhalt des Teſtamentes

---

128) L. 3. §. 1. D. 2. 15. Donellus findet darin ausgeſprochen, daß, wenn durch einen über ein Vermächtniß abgeſchloſſenen Vergleich der Vermächtnißnehmer weniger erhalten hat, als ihm nach dem ſpäter aufgefundenen letzten Willen hinterlaſſen iſt, derſelbe das Fehlende noch erhalten müſſe. Auch Puchta, obwohl er in den Pandekten §. 294 nur der Vergleich über den Inhalt eines vorliegenden, noch uneröffneten Teſtamentes für unzuläſſig erklärt, hiermit alſo ſtillſchweigend einen Vergleich über den Inhalt eines nicht vorliegenden, ſondern abhanden gekommenen Teſtamentes für zuläſſig anerkennt, ſpricht doch, offenbar durch die angeführte Stelle veranlaßt, in ſeinen Vorleſungen aus, daß in Einem Falle allerdings die nachherige Gewißheit des früher Ungewiſſen den Vergleich aufhebe, wenn nämlich ein Vergleich geſchloſſen iſt über den Inhalt eines damals nicht vorhandenen, ſpäter aufgefundenen Teſtamentes; indem hier die Achtung vor dem Willen des Teſtators eine andere als die regelmäßige Entſcheidung fordere. Puchta weicht darin von Donellus ab, daß Letzterer den Vergleich über den Inhalt eines nicht vorliegenden Teſtamentes rückſichtlich der Frage über die Giltigkeit oder Ungiltigkeit des Vergleiches ganz dem Vergleiche über den Inhalt eines vorliegenden, aber noch uneröffneten Teſtamentes gleichſtellt; während Erſterer blos den letzteren Vergleich für ſofort nichtig, den erſteren hingegen für reſciſſibel erſt von dem Zeitpunkte der Auffindung des damals nicht vorhandenen Teſtamentes an erklärt.

vollständig kennen, z. B. durch Zuziehung bei dessen Errichtung oder durch den Testator selbst damit bekannt gemacht oder durch die Aussagen der Zeugen, oder daß der daraus Berechtigte, wie umgekehrt der dadurch Benachtheiligte, bezüglich Verpflichtete eine mehr oder weniger genaue Kenntniß von dem Testamentsinhalte, d. h. von der ihm geschehenen Zuwendung oder von der durch die letztwillige Verfügung geschehenen Verkürzung zu haben behauptet, welche der Gegner entweder gar nicht oder doch nicht in der prätendirten Weise und Ausdehnung zugesteht. Im ersten dieser Fälle wird es nicht leicht zu einem Vergleiche kommen, soweit die beiderseitige Uebereinstimmung reicht, weil so weit res indubitata vorhanden ist; ein Vergleich wird nur dann und nur so weit möglich sein, als ungeachtet jener Uebereinstimmung noch anderweite Illiquiditäten bestehen, welche auf diesem Wege beseitigt werden sollen, z. B. Abhängigkeit des Legates von einer Bedingung. Hingegen im zweiten dieser Fälle steht von Anfang kein in der Natur der Dinge liegender Grund entgegen, warum die Parteien sich nicht sollten vereinbaren können, an die Stelle der jetzt noch bestehenden Ungewißheit, selbst für den Fall der Beseitigung derselben durch die Einsicht des Testamentes, schon jetzt, d. h. vor dieser Einsichtnahme ein Gewisses zu setzen. Die Ansicht, daß vor Eröffnung des Testamentes überall von keiner lis dubia die Rede sein könne, erscheint insbesondre noch von der Seite unhaltbar, daß die testamentarischen Ansprüche nicht erst mit der Eröffnung des Testamentes zur Existenz kommen, so daß erst von diesem Momente an dem Eingesetzten deferirt werde und er die Erbschaft erwerben könne; vielmehr tritt die Delation regelmäßig, abgesehen von beigefügten Bedingungen, schon mit dem Tode des Erblassers ein; die Testamentsurkunde wird regelmäßig nur das Beweismittel sein, wodurch der Eingesetzte die geleugnete Einsetzung erweisen wird. Ebensowenig wird die Ansicht des Donellus durch die dafür angeführten positiven Quellenzeugnisse bestätigt. Von der L. 6. D. 2. 15., welche entscheidend für seine Ansicht zu sprechen scheint, wird später noch die Rede sein. Was die andere, von Donellus zur Begründung seiner Ansicht angezogene Stelle (L. 3. §. 1. D. 2. 15.) betrifft, so kann nur eine unrichtige Auslegung derselben jenes darin gesuchte Resultat geben, während die richtige Erklärung zu einem gerade entgegengesetzten Resultate führt [129]). Das Resultat ist, daß die Ansicht von Donel-

---

129) Risch a. a. O. §. 14, N. 15, S. 115—120 beurtheilt die Auslegung des Donellus sowohl als andere Auslegungsversuche. Die verbreitetste Anerkennung hat die Auslegung der L. 3. §. 1. D. 2. 15. gefunden, wonach der Jurist von zwei verschiedenen Fideicommissen spreche, von denen das eine im Testamente selbst zugewendet — und dieses bilde den Gegenstand der transactio — das andere aber in einem Codicill hinterlassen worden sei, was man zur Zeit des Vergleichsabschlusses über das erstgedachte Fideicommiß nicht gekannt, aber später aufgefunden habe: der Jurist bringe nun hier die Frage zur Entscheidung, ob der Vergleich über das im Testamente hinterlassene Fideicommiß auch die Geltendmachung des im Codicill zugewendeten ausschließe, obgleich man an das letztere

lus, wonach der Vergleich über den Inhalt eines noch nicht eröffneten Testamentes aus Gründen, welche in der Natur der Sache liegen, näm-

---

bei jenem Vergleiche nicht gedacht habe. Diese Frage werde nun natürlich vom Juristen verneint, also die Möglichkeit der Geltendmachung des im Codicill hinterlassenen Fideicommisses anerkannt, im Einklange mit L. 12. D. 2. 15. Allein der Zusammenhang der Stelle läßt diese Auslegung nicht zu; es ist unzweifelhaft ein und dasselbe Fideicommiß, was der Jurist am Anfange und Schlusse der Stelle vor Augen hat. Einfacher ist die von Donellus und seinen Anhängern versuchte Auslegung. Sie finden in der L. 3. §. 1. geradezu eine praktische Bewährung ihres angeblich aus der Natur der Sache abgeleiteten und in der L. 6. cit. principiell formulirten Satzes von der Unzulässigkeit eines Vergleiches über testamentarische Ansprüche vor der Testamentseröffnung. Die mit dem Fideicommiß bedachte Mutter des Erblassers hatte nun aber in der That vor der Eröffnung des damals ja gar nicht vorhandenen Codicilles einen Vergleich über den Inhalt desselben abgeschlossen, dieser Vergleich war nichtig, folglich konnte sie, nachdem sich später aus dem wieder aufgefundenen Codicill der wahre Betrag ihres fideicommissarischen Anspruches ergeben hatte, den Mehrbetrag nachfordern. — Dieser Auslegung stehen aber folgende, von Risch weiter ausgeführte, wichtige Bedenken entgegen. Das erste ist aus der Fassung der Stelle selbst entlehnt; die Stelle berechtigt nämlich nicht sowohl zu der Annahme, der Jurist spreche hier von dem Vergleiche als von einem nichtigen Geschäfte, als sie vielmehr dahin führt, den Grund, warum die transigirende Mutter des Erblassers mehr, als ihr aus dem giltigen Vergleiche gebührt, fordern dürfe, irgendwo anders zu suchen. Ein zweites wichtigeres, mehr praktisches Bedenken entsteht durch die erwähnte Auffassung dieser Stelle: ist nämlich ein Vergleich über den Inhalt auch eines gar nicht vorliegenden Testamentes oder Codicilles nichtig, so kann consequenter Weise nicht nur der durch den Vergleich verkürzte Bedachte das Mehr seines Anspruches noch nachfordern, sondern es kann ebenso der andere Theil das infolge des nichtigen Vergleiches Geleistete stets wieder zurückfordern, so lange nicht der Bedachte das Dasein und die Größe seines Anspruches dargethan hat, was er nach jener Ansicht nur durch Vorlegung der (eben nicht vorhandenen) Testamentsurkunde thun kann. Das letzte Resultat der Ansicht des Donellus wäre also, daß im Falle einer abhanden gekommenen Testamentsurkunde denen, welche testamentarische Ansprüche behaupten, überall kein Weg geöffnet wäre, zu ihrem Rechte zu gelangen — ein Resultat, welches weder der Natur der Sache angemessen, noch in den Quellen des gemeinen Rechtes begründet ist. Wir übergehen, was Risch a. a. O. S. 117 gegen die Puchta'sche Modification bemerkt, und wenden uns zu der von Ersterem selbst versuchten Auslegung der L. 3. §. 1. D. 2. 15., welche am befriedigendsten zu sein scheint. Sie ist folgende. Die bisherigen Ausleger haben versäumt, erstens den ganzen Zusammenhang der aus lib. 1. Digestorum des Scävola entlehnten Stelle, insbesondre die Verbindung des §. 1 mit dem prooemium des Fragmentes zu berücksichtigen; zweitens die Worte „quam pro porte sua est“, welche man für identisch hielt mit „quam ipsi relictum est“ gehörig zu beachten, obgleich sie hier einen ganz prägnanten Sinn haben. Scävola handelt nämlich im prooemium des Fragmentes von einem Vergleiche zwischen dem eingesetzten Erben und der Mutter des Erblassers über ihren Pflichttheil; im darauf folgenden §. 1 ist nun die Rede von einem Vergleiche über ein der Mutter hinterlassenes Fideicommiß. Hierbei wird nun dem Juristen die Frage vorgelegt: ob der Vergleich über das Fideicommiß auch ohne weiteres schon den Anspruch der Mutter auf ihren Pflichttheil alterire oder ob sie vielmehr, ungeachtet jenes Vergleiches über das Fideicommiß, den ihr gebührenden Pflichttheil, soweit sie ihn noch nicht habe, ex causa fideicommissi (dessen eigentlicher Betrag erst durch das später aufgefundene Codicill, in welchem es hinterlassen war, sich ergeben hatte) einklagen könne? Scävola bejaht nun

lich wegen mangelnder Ungewißheit des Gegenstandes, unzulässig sei, weder aus dem Standpunkte der Natur der Sache, noch aus dem der Quellen sich rechtfertigen läßt. — Manche Juristen, wie Holzschuher, halten zwar solche Vergleiche, wie hier in Frage stehen, nicht aus allgemeinen Gründen für unmöglich, wollen sie aber weniger als Vergleiche als vielmehr als Wetten angesehen wissen. Es ist aber nicht einzusehen, wie ein Vertrag, welcher bezweckt, durch eine jetzt geschaffene Gewißheit einen noch ungewissen künftigen Erfolg gleich giltig zu machen, einer Wette gleichstehen soll, deren juristische Natur in der Bekräftigung entgegengesetzter Behauptungen durch eventuell übernommene Verpflichtungen besteht, so daß der, dessen Behauptung sich als unrichtig ausweist, den für diesen Fall auf sich genommenen Vermögensnachtheil tragen muß. — Die andere Art und Weise, wie die Meisten, welche die Unstatthaftigkeit eines Vergleiches über den Inhalt eines noch nicht eröffneten Testamentes behaupten (wie Vinnius und seine Anhänger früherer und jetziger Zeit), diese Behauptung rechtfertigen, besteht darin, daß sie sich lediglich auf den klaren Wortlaut der L. 6. D. 2. 15. berufen, welche, da die Unzulässigkeit eines solchen Vergleiches sich aus allgemeinen Gründen nicht ableiten lasse, eben als positives Verbot eines solchen Vergleiches aufzufassen sei in ähnlicher Weise, wie das Verbot des Vergleiches über letztwillig hinterlassene Alimente. Habe nun auch der Gesetzgeber die rechtspolitischen Motive zur Erlassung dieses Verbotes nicht ausdrücklich ausgesprochen, wie bei dem Verbote des Vergleiches über Alimente, so seien dieselben nichtsdestoweniger sowohl an sich von Gewicht als auch leicht erkennbar, nämlich die Absicht, einestheils der Unredlichkeit habsüchtiger Erben vorzubeugen, welche durch Verheimlichung der ihnen nach ihrem Inhalte bekannten, den Legataren aber unbekannten Testamente dieselben zur Abschließung nachtheiliger Vergleiche zu verleiten suchen würden, anderntheils den letztwilligen Anordnungen selbst ihre gebührende Ausführung zu sichern. Die erste Frage ist, ob die L. 6. cit. wirklich ein Prohibitivgesetz zu sein beabsichtige. Zuvörderst weist ihre wörtliche Fassung auf kein Verbot hin. Dann ist es sehr auffallend, daß, obwohl schon Gajus in seinem Commentar zum Edictum provinciale, welchem diese Stelle entlehnt ist, dieses „transigi non potest" ausspricht, nirgends weiter in der Justinianeischen Compilation als in der ebenfalls von Gajus herrührenden L. 1.

---

das Recht der Mutter, den Mehrbetrag ihres Pflichttheiles über das ihr aus dem Vergleiche Gebührende einzufordern, in Anerkennung des Grundsatzes: transactio de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur. Es wird also durch das Auffinden des Codicills der frühere Vergleich nicht etwa nichtig oder anfechtbar, so daß die Mutter des Erblassers den ganzen Betrag des Fideicommisses einfordern könnte, sondern sie kann nur ihren Pflichttheil, welcher ihr in dem Fideicommisse hinterlassen war, fordern. Ueber die möglichen Bedenken gegen diese Auslegung und deren Widerlegung vergl. Risch a. a. O. S. 119 flg.

D. 29. 3., eine Spur von dieser Unzulässigkeit des Vergleiches vorkommt, also weder über die Veranlassung, noch über den Urheber dieses angeblichen Verbotes etwas berichtet wird. Ja im Gegentheile selbst die Stelle, wo Ulpian mit Absicht von den Arten und den Folgen der Ungiltigkeit eines Vergleiches handelt[130]), enthält nicht die leiseste Andeutung von der Nichtigkeit eines Vergleiches über den Inhalt eines noch nicht eröffneten Testamentes, noch weniger von einem in dieser Beziehung bestehenden Verbote, als positivem Grunde dieser Nichtigkeit. Der Hauptgrund aber, welcher sich gegen das angebliche positive Verbot geltend machen läßt, ist der schon von Cujacius entdeckte enge Zusammenhang, ja die Identität, welche zwischen der L. 6. D. 2. 15. und der L. 1. D. 29. 3. besteht. Die erstere Stelle ist aus demselben Werke und Buche des Gajus genommen wie die letztere; die erstere findet sich in der letzteren, aber aus dem in der letzteren vorhandenen Zusammenhange gerissen, wörtlich wieder. Die Frage, ob Gajus in seinem lib. XVII. ad edictum provinciale die Unzulässigkeit des Vergleiches über den Inhalt eines noch uneröffneten Testamentes aussprechen wolle, ist unzweifelhaft zu verneinen; vielmehr will Gajus, nachdem er in L. 1. pr. D. 29. 3. den Inhalt des Edictes angegeben hat, im §. 1 die utilitas edicti, d. h. die rechtspolitischen Motive anführen, welche den Prätor zur Kundmachung des edictum de tabulis exhibendis et aperiundis bestimmen konnten. Als ein solches vorzugsweise bestimmendes Motiv giebt er nun an, daß, wenn es in der Willkür derjenigen, welche sich im Besitze der Testamentsurkunden befinden, stände, deren Einsichtnahme zu gestatten oder zu verweigern, es nicht abzusehen wäre, wie Streitigkeiten über testamentarische Ansprüche endlich erledigt werden sollten, da weder eine vergleichsmäßige Beilegung, noch eine richterliche Entscheidung ohne vorherige Einsicht des Testamentsinhaltes zweckmäßig stattfinden könne. In der That wird nun auch von den Anhängern der prohibitiven Bedeutung der L. 6. D. 2. 15. meistens zugegeben, daß dieselbe im Munde des Gajus nicht prohibitiv, sondern in der oben angegebenen Bedeutung zu verstehen sei. Dafür werfen sie sich nun auf die andere Frage, ob nicht wenigstens das Justinianeische Recht dadurch, daß diese Stelle aus ihrem ursprünglichen, ihr einen anderen Sinn gebenden Zusammenhange herausgerissen und absichtlich in den Digestentitel de transactionibus gestellt wurde, ihr eine prohibitive Bedeutung habe beilegen wollen? Diese Frage ist aber, bei dem ganzen Charakter der Justinianeischen Compilation, und da sich in ihr noch eine große Anzahl anderer Beispiele von offenbar gedankenlosem Herausreißen von Sätzen aus ihrem ursprünglichen Zusammenhange vorfindet, zu verneinen. Die L. 6. cit. enthält also gar keine, die Lehre vom Vergleiche näher angehende Regel. Was nun schließlich die von den Anhängern der prohibitiven Bedeutung dieser Stelle geltend gemachten

130) L. 23. §. 1. 2. D. 12. 6.

legislativen Motive betrifft, welche Justinian hätten bestimmen können, den Vergleich über den Inhalt eines noch uneröffneten Testamentes zu verbieten, so soll das erste derselben in der Verhinderung einer Uebervortheilung der im Testamente Bedachten durch die Unredlichkeit der Erben bestehen, welche die Urkunde zu unterdrücken oder doch mit der Herausgabe derselben zurückzuhalten suchen. Allein dieser Gesichtspunkt kann schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil einestheils gegen Unredlichkeit und unbegründete Weigerung der Herausgabe der Testamentsurkunde schon hinreichende Fürsorge getroffen ist und weil anderntheils es nicht die Absicht des Gesetzgebers sein kann, da, wo die Verkürzung des Honorirten lediglich dessen eigener Uebereilung und Unbesonnenheit beizumessen ist, diesem Mangel an Sorgfalt und Ueberlegung eine Prämie zu gewähren. Was das zweite angeführte legislative Motiv des Verbotes eines solchen Vergleiches betrifft, nämlich die Sorge des Gesetzgebers für die dem Willen des Testators entsprechende Ausführung des Testamentsinhaltes, so gilt allerdings der Grundsatz: publice expedit, suprema hominum iudicia exitum habere; allein man darf Folgerungen daraus nur innerhalb der gehörigen Grenzen, nicht maßlos ziehen. Das Resultat ist also, daß Vergleiche über den Inhalt noch uneröffneter Testamente weder aus inneren Gründen unzulässig, noch wegen eines positiven gesetzlichen Verbotes ungiltig sind. Daß die gemeine Meinung oder der Gerichtsgebrauch sich für die Unzulässigkeit solcher Vergleiche entschieden habe, ist einestheils unwahr, indem bemerkter Maßen von jeher es nicht an Widerspruch dagegen gefehlt hat; anderntheils wird dabei verkannt, daß, wenn in der That die communis opinio die Unzulässigkeit solcher Vergleiche behauptet hätte und noch behauptete, sie dieses nur deshalb thue, weil sie den Grund derselben in den Quellen des römischen Rechtes zu finden glaubt, nicht weil sie neues Recht schaffen will; wenn nun aber nach den Forschungen der Wissenschaft jene Begründung der herrschenden Ansicht in den Quellen in der That nicht gefunden werden kann, so kann für den, welcher diese Ueberzeugung gewonnen hat, die herrschende Ansicht nicht selbst zur Auctorität werden, welche über dem Gesetze steht, sondern sie kann ihr nur zu einer um so sorgsameren Prüfung der neu und im Widerspruche mit der gemeinen Meinung gebildeten Ansicht, ob sie den Quellen gemäßer sei, auffordern. Ein gewichtiges Moment endlich für die Zulässigkeit solcher Vergleiche enthält eine Stelle [131]), aus welcher hervorgeht, daß ein über testamentarische Ansprüche vor Eröffnung des Testamentes ergangenes Urtheil nicht nichtig ist. Was schließlich die Frage betrifft, wie die neueren Gesetzgebungen diese Frage aufgefaßt haben, so hat das preuß. Landrecht schlechthin die in der teutschen juristischen Schule zu Ende des vorigen Jahrhunderts herrschende Ansicht von der Ungiltigkeit solcher

---

131) L. 11. pr. D. 44. 2. Vergl. darüber Savigny, System Bd. 6, S. 459 flg. Risch a. a. O. §. 14, N. 34, S. 128 flg.

Vergleiche angenommen[132]). Aehnlich ist die Bestimmung des österreichischen Gesetzbuches, nur daß es noch einen Zusatz über Wetten hinsichtlich des Inhaltes eines noch uneröffneten Testamentes macht, welche nach den Grundsätzen von Glücksverträgen beurtheilt werden sollen[133]). Der Code civil schweigt ganz über diese Frage; es ist also dieselbe im französischen Rechte nach allgemeinen Grundsätzen zu beantworten. Die französische Jurisprudenz erkennt nun aber an, daß ein solcher Vergleich zulässig sei.

C. Vergleichsact. 1) Im allgemeinen. Der Vergleich ist früher charakterisirt worden als ein „Judicat in Gestalt entgeltlichen Vertrages". Aus dieser Natur des Vergleiches ergiebt sich, daß derselbe, was die Erfordernisse des Vergleichsactes anlangt, unter den allgemeinen Grundsätzen für Willenserklärungen überhaupt und für Verträge, und insbesondre zweiseitige Verträge, stehen müsse. Daher ist dann auch der Vergleich perfect, sobald über alle wesentlichen Punkte der übereinstimmende Wille der handelnden Personen in bindender Absicht erklärt ist. Die Aufgabe der Untersuchung des Vergleichsactes (Vergleichsabschlusses) ist: erstens die Feststellung der wesentlichen Punkte, hinsichtlich welcher ein einiger Wille der Transigenten vorhanden sein muß, d. i. die Charakterisirung des Vergleichsinhaltes; zweitens ist die Erklärung des Vergleichswillens durch die Parteien zu betrachten, insbesondre zu untersuchen, ob dieselbe in bestimmter Form oder ganz ohne Form geschehen könne; drittens sind die Hinderungen des Vergleiches wegen Mangel des Willens zu betrachten; endlich soll über die Auslegung des Vergleiches sowie über die Bestärkungen desselben gehandelt werden. 2) Inhalt des Vergleiches. Die Frage, welches die Grundzüge seien, welche sich im Inhalte eines jeden concreten Vergleichsvertrages finden müssen, wenn sich anders der Vertrag wirklich als „Vergleich" charakterisiren soll, beantwortet sich nach den früheren Erörterungen ohne Schwierigkeit. Der Vergleich als ein „Judicat in Gestalt entgeltlichen Vertrages" muß in seinem Inhalte zweierlei vereinigen: a) der Wille der transigirenden Parteien muß darauf gerichtet sein, an der Stelle einer vorliegenden Rechtsungewißheit ein gewisses Rechtsverhältniß zu begründen, nach Art des Urtheiles. Diese Richtung des Vergleichsinhaltes kann als judicatlicher Inhalt oder Urtheilsinhalt des Vergleiches bezeichnet werden. b) Dieser die Rechtsungewißheit in Gewißheit verwandelnde Inhalt allein reicht aber zur Charakterisirung des Vergleichsinhaltes noch nicht hin, vielmehr verlangt die entgeltliche Natur des Vergleiches noch ein gegenseitiges Nachgeben der Parteien. Soweit dieses beiderseits mit Bezug auf das ungewisse Rechtsverhältniß selbst und unmittelbar geschieht, drückt der judicatliche Vergleichsinhalt auch schon diese entgeltliche Natur

132) Preuß. Landr. a. a. O. §. 442, 443.
133) Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. Art. 1383.

des Geschäftes aus. Wo aber, wie so oft, nur einer beider Theile in Bezug auf das streitige Verhältniß selbst nachgiebt, da muß der gegenüberstehende Theil in einer anderen Weise, welche mit dem Streitverhältnisse und darum auch mit dem judicatlichen Vergleichsinhalte an sich in gar keiner Beziehung steht, abgefunden oder entschädigt werden. Dieser der größten Mannigfaltigkeit fähige, blos wegen der onerosen Natur des Vergleiches vorhandene Inhalt läßt sich dem judicatlichen gegenüber als anderweiter Inhalt des Vergleiches bezeichnen. Zu a) Ganz parallel der doppelten, bezüglich dreifachen Möglichkeit, wie das Urtheil Gewißheit an die Stelle des zweifelhaften Rechtsverhältnisses setzen kann, und welche sich entweder in der Verneinung des klägerischen Anspruches (absolutorisches Urtheil) oder in der Bejahung und Anerkennung desselben (condemnatorisches Urtheil) oder darin, daß der klägerische Anspruch theils verneint, theils für begründet anerkannt wird (gemischtes Urtheil) ausspricht, geht die Art und Weise, wie der unmittelbar auf das zweifelhafte Rechtsverhältniß gerichtete (d. i. der judicatliche) Inhalt des Vergleiches die Rechtsungewißheit beseitigt. Auch der Vergleich muß den klägerischen Anspruch entweder verneinen oder anerkennen und außer Streit setzen, oder ihn theils zur Verneinung, theils zur Anerkennung bringen. Es besteht aber dabei immer noch ein fundamentaler Unterschied der Art und Weise, wie dieses in dem einen und im anderen Falle geschieht, ein Unterschied, welcher seinen letzten Ausgangspunkt in der ganz verschiedenen Natur des Urtheiles, als eines Ausspruches der öffentlichen Gewalt, einerseits und des Vergleiches, als eines Vertrages, andererseits findet. Von hier aus also erscheint die durch den Vergleich geschehende Verneinung des klägerischen Anspruches als vertragsmäßiger Verzicht des Klägers, die Anerkennung des klägerischen Anspruches als vertragsmäßige Anerkennung desselben durch den Beklagten; das, was bei dem Urtheile als gemischtes Urtheil bezeichnet wird, wird hier zu einer Verbindung von Verzicht und Anerkenntniß mit Bezug auf den vom Kläger behaupteten Rechtsanspruch. Zu b) Wenn der eine Theil die Behauptung des anderen vollständig anerkannt hat, so muß, damit dieser Vertrag doch noch den Charakter des Vergleiches bewahre, vom letzteren dem völlig mit Bezug auf das zweifelhafte Rechtsverhältniß nachgebenden Theile eine Vergeltung (Abfindung, Entschädigung) gewährt werden. Was die Frage betrifft, worin diese Vergeltung bestehen könne, so muß hier eine unabsehbare Mannigfaltigkeit des Vergleichsinhaltes anerkannt werden, und es läßt sich im allgemeinen nur so viel sagen, daß diese Vergeltung in so vielen Gestalten vorkommen könne, als überhaupt möglich ist, einem Anderen eine Vermögensbereicherung zuzuwenden. Eine schon früher angeführte Coderstelle [134]) scheint zwar eine ausreichende Kategorisirung der verschiedenen

134) L. 38. C. II. 4.: Transactio nullo dato seu retento vel promisso minime procedit.

Möglichkeiten, in denen die Vergeltung verwirklicht werden könne, zu geben; allein abgesehen davon, daß dieselbe, wie es freilich nicht anders möglich ist, selbst im höchsten Grade allgemein gehalten ist, muß selbst hier noch Raum gelassen werden für die mannigfaltigsten Verbindungen dieser Gruppen unter einander, z. B. des dare mit promittere, des promittere mit remittere u. s. w. — Neuerlich hat Elvers[135]) die Ansicht aufgestellt, daß ein Vergleich auch in der Weise zu Stande kommen könne, daß sich die eine Partei entschließe, die ihr zur Beseitigung ihrer Ansprüche gebotene Summe als Geschenk anzunehmen. Er begründet die rechtliche Möglichkeit eines solchen Vertrages, welcher zugleich den Charakter des Vergleiches und der Schenkung an sich trage, in folgender Weise: wer eine Schenkung als solche annehme, bezeuge allerdings, daß ihm eine (nicht geschuldete) Liberalität erwiesen werde; der Vergleich setze aber kein wirkliches Recht des Transigenten voraus, es bestehe vielmehr oft nur ein ganz geringer Schein eines solchen, so daß der ein so im höchsten Grade zweifelhaftes Recht behauptende Transigent, selbst unbeschadet seiner Ehre, sich zur Beendigung alles Streites bereit erklären könne, das ihm Dargebotene nur als Ausfluß der Liberalität des Anderen anzunehmen, wozu sich dieser um so eher verstehen werde, da dadurch sein „gutes Recht" anerkannt und gewahrt bleibe, während er, wenn er dasselbe der Abfindung wegen leisten sollte, sich zu dem Vergleiche von Anfang an nicht verstehen würde, um nicht sein „gutes Recht" bloszustellen. Müsse auch zugegeben werden, daß der Donatar durch das Aufgeben seiner Behauptungen auch etwas leiste, so sei doch darin wegen der großen Ungewißheit des Aufgegebenen keine solche Gegenleistung zu finden, welche den Begriff der Liberalität ausschließe. Sowie derjenige, welcher einem Anderen eine Schenkung mache, den modus beifügen könne, daß jener auf etwaige zweifelhafte Ansprüche gegen ihn unbedingt verzichten solle, so höre auch dadurch, daß die Entfernung jener Ansprüche die bewegende Ursache zur Schenkung werde, die Schenkung selbst nicht auf, eine donatio sub modo zu sein, so lange das Recht des Gegners nicht klar erwiesen vorliege und die Größe seines wohlbegründeten Anspruches den Begriff der Liberalität nicht ganz und gar aufhebe. Diese Ansicht leidet aber, wie Risch ausgeführt hat[136]), an einer durchgehenden Unklarheit über die Natur und insbesondre den entgeltlichen Charakter des Vergleiches. Diese Unklarheit spricht sich am schärfsten in jener Stelle der erwähnten Deduction aus, wo Elvers geradezu sagt, nur das wirkliche Recht auf Seite des Abgefundenen schließe den Begriff der Liberalität aus, nicht aber das noch ungewisse Recht. Verhielte sich dies wirklich so, dann könnte von einem entgeltlichen Charakter des Vergleiches überall nicht die Rede sein, derselbe würde zum lucrativen Geschäfte, zur Schenkung werden. Zweierlei

135) Elvers, in der Themis, neue Folge Bd. 1, H. 1, S. 99 flg.
136) Risch a. a. O. S. 138 flg.

Wahres enthält allerdings jene Argumentation; erstens, daß auch bei dem wirklichen Vergleiche liberale Motive von der einen oder anderen Seite mit vorhanden sein können; zweitens ist nicht zu verkennen die Möglichkeit, daß ein Geschäft, welches in der That Schenkung sein will, die simulirte Form des Vergleiches annehme. Unrichtig aber ist die Behauptung, daß ein wahrer Vergleich durch wahre Schenkung von Seiten des Abfindenden an den Abgefundenen zu Stande kommen könne; denn beide Geschäfte schließen einander aus, weil sie von entgegengesetztem Charakter sind. Dieser Satz läßt sich auch nicht durch die Berufung auf die donatio sub modo beeinträchtigen. Wenn man auch als möglich zugeben muß, daß Jemand einem Anderen eine Schenkung mit der Auflage, etwaige bisher an den Schenkgeber gemachte Ansprüche aufzugeben, machen kann, so ist doch hier das Primäre, welches dem Geschäfte sein juristisches Gepräge giebt, die Schenkung. Anders verhält es sich bei dem Vergleiche; beabsichtigen die Parteien einen solchen, so kann unmöglich die primäre Absicht derselben auf eine Schenkung des einen Theiles an den anderen nur mit der Nebenauflage des Verzichtes auf die etwa gemachten Ansprüche, sondern sie muß auf die entgeltliche Beseitigung der Rechtsungewißheit gerichtet sein; ist dem aber so, dann kann jener Gesichtspunkt der donatio sub modo überall nicht in Betracht kommen. 3) Form der Eingehung des Vergleiches. Was zunächst die Frage betrifft, ob es eine allgemeine, jedem Vergleiche ohne Rücksicht auf die concrete Gestalt seines Inhaltes nothwendige Form der Eingehung desselben gebe: so ist dieselbe im allgemeinen sowohl für das römische als das heutige gemeine Recht zu verneinen; gemeinrechtlich giebt es keine nothwendige Form für den Vergleich als solchen [137]). Wenn auch in den Quellen des römischen Rechtes bisweilen solche allgemeine Formen für die Erklärung des Vergleichswillens erwähnt werden, wie schriftliche Abfassung [138]), gerichtliche Protocollirung [139]), so wird doch dabei stets anerkannt, daß sie nur Gründen der Nützlichkeit dienen (Erleichterung des Beweises), ohne daß die Rechtsgiltigkeit des Vergleiches davon abhängt. Nur für die Vergleiche über letztwillig hinterlassene Alimente ist gerichtliche Form für nothwendig erklärt; da aber die hier gesetzte Beschränkung weniger formeller Natur ist, sie vielmehr einen materiellen Charakter hat, so ist dieselbe schon früher in einem anderen Zusammenhange dargestellt worden. Die zweite Frage ist: ob etwa die einzelnen Bestandtheile des concreten Vergleichsinhaltes besonderer Form bedürfen, um juristisch wirksam zu sein? Hier ist vor allem römisches und heutiges gemeines Recht zu unterscheiden. Im römischen Rechte kommt nun vor allem der dem-

137) Anders ist es nach manchen Partikularrechten. So muß nach der bayer. Gerichtsordnung Cap. XVII, Nr. 9, 10, 11 jeder Vergleich, um rechtliche Anerkennung zu finden, gerichtlich protocollirt sein.

138) L. 5. C. II. 4.

139) L. 28. C. II. 4.

selben von jeher eigenthümliche formale Charakter in Betracht, welcher es auch noch in dem für den Rechtsverkehr wichtigsten Gebiete, in dem der obligatorischen Verträge, im Justinianeischen Rechte auszeichnet. Was nun die Beantwortung der Frage betrifft, in welchen Formen sich je nach den verschiedenen Richtungen ihres Inhaltes die römische transactio darstellen konnte, so ist auch hier die Unterscheidung zwischen judicatlichem und anderweitem Inhalte des Vergleiches festzuhalten. Bei der Frage, ob der judicatliche Inhalt des Vergleiches im römischen Rechte formell eingekleidet werden könne, bezüglich müsse, — sind die zwei möglichen Grundformen desselben zu unterscheiden: erstens, Aufgeben des prätendirten Rechtsanspruches zu Gunsten des Beklagten (Verzicht, Erlaß), und zweitens, Anerkennung des klägerischerseits prätendirten Rechtsanspruches durch den Beklagten (sog. Recognitivvertrag). Was nun zunächst jene liberatorische Richtung des judicatlichen Vergleichsinhaltes anlangt, so konnte dieselbe unzweifelhaft zwar in Gestalt formlosen Vertrages (pactum de non petendo) juristisch wirksam bewerkstelligt werden [140]); ebenso konnte aber auch der auf die Aufhebung des Rechts- bezüglich Klaganspruches gerichtete Wille der Parteien in civilrechtliche und deshalb strenger als das pactum (ipso iure, während das pactum nur ope exceptionis wirkte) wirkende Formen eingekleidet werden [141]). Was ferner das vertragsmäßige Anerkenntniß des klägerischen Anspruches durch den Beklagten, d. i. die Form desselben betrifft, so ist es Regel des römischen Rechtes, daß der bloße Consens nicht (oder wenigstens nicht civiliter) obligatorisch wirke; nach dieser Regel würde auch dieser Recognitivvertrag einer besonderen causa civilis bedürfen, um obligatorisch (mindestens klagbar obligatorisch) zu wirken. Dagegen scheint zu sprechen, daß es sich hier ja nur um Anerkennung einer von dem Anderen schon prätendirten Verbindlichkeit handele, daß aber der Prätor auch dem formlosen Vertrage, wodurch Jemand eine schon bestehende Verbindlichkeit, wenn auch nur eine naturalis obligatio, anerkenne und zu erfüllen verspreche, Klagbarkeit beigelegt habe (actio de pecunia constituta). Allein das constitutum (hier debiti proprii) setzt immer eine bereits bestehende Verbindlichkeit, wenn auch nur eine naturalis obligatio, voraus; fehlte es an einer ursprünglichen Obligation, so ist auch das constitutum unwirksam. Die vergleichsmäßige Anerkennung setzt aber keine wirklich bestehende, sondern nur eine prätendirte Obligation voraus: der anerkennende Transigent sagt nicht, daß er wirklich von jeher Schuldner gewesen sei, sondern nur, daß er sich jetzt als solchen betrachten wolle, ohne Rücksicht darauf, ob auch später vielleicht die von ihm nunmehr übernommene obligatio sich als gänz-

---

140) L. 2. D. 2. 15. L. 9. 28. C. II. 4.

141) L. 2. 15. D. 2. 15. L. 15. C. II. 4. Nach den beiden ersten Stellen ist es sehr wahrscheinlich, daß die Römer sich bei ihren Vergleichen regelmäßig der Aquiliana stipulatio mit darauf folgender acceptilatio bedienten, um den vom Kläger aufgegebenen Rechtsanspruch ipso iure zu zerstören.

lich unbegründet darstellen sollte. Hierin liegt der Unterschied des vergleichsmäßigen Anerkenntnisses vom constitutum debiti proprii, und es bleibt also dabei, daß der Recognitivvertrag sich in irgend einer civilrechtlich garantirten Weise über die nuda conventio erheben müsse, um obligatorische Wirkung zu haben. Es ist dieses Resultat auch in den römischen Quellen begründet[142]). Juristisch bindend konnte bei den Römern das vertragsmäßige Anerkenntniß gemacht werden, erstens verbis, durch Einkleidung der Verbindlichmachung des Beklagten in Frage und Antwort. Diese Stipulationsclausel (ea, quae supra scripta sunt, stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius) war in den römischen Vergleichsurkunden ebenso gewöhnlich, wie die eben erwähnte remissorische Clausel; ja beide pflegten in der Art verbunden zu werden, daß zuerst durch Aquiliana stipulatio und acceptilatio der zweifelhafte Rechts- bezüglich Klanganspruch zerstört und dann durch die neue stipulatio ganz oder theilweise, nunmehr aber als gewisser und unbestrittener, wiederhergestellt wurde. War dagegen die remissorische Clausel weggelassen und blos die Stipulation zur Gewißmachung des bis dahin bestrittenen Rechtsanspruches gebraucht worden, so enthielt diese Stipulation keine wahre (privative) Novation, sondern sie ließ die alte Klage aus dem bestrittenen Rechtsverhältnisse noch neben der neuen aus der Stipulation entstandenen fortbestehen. Eine zweite Form, wodurch das vergleichsmäßige Anerkenntniß juristisch bindend gemacht werden konnte, war die eines Innominatcontractes; der Kläger unterzog sich einer vermögensrechtlichen Aufopferung zufolge jener conventio und mit Rücksicht auf die eben in der Anerkennung seines Rechtsanspruches bestehende Gegenleistung des Beklagten. Der Kläger, welcher bereits seinerseits den Vergleichsvertrag erfüllt hat, hat aus dieser Realisirung der nuda conventio eine neue Klage auf die in derselben versprochene Gegenleistung, welche eben in der Erfüllung des nunmehr anerkannten klägerischen Anspruches besteht (actio praescriptis verbis). — Auch bei dem anderweiten Vergleichsinhalte erleiden die regelmäßigen Grundsätze des römischen Rechtes über die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Anwendung von Formen bei Eingehung obligatorischer und liberatorischer Verträge keine Modification. Hieraus ergiebt sich für die drei Hauptrichtungen dieses anderweiten Vergleichsinhaltes (promittere, remittere, dare) Folgendes. Erstens: wird von der einen oder anderen Seite für das völlige Nachgeben des Gegentheiles mit Bezug auf das streitige Verhältniß selbst eine Abfindung versprochen, so erzeugt die nuda conventio regelmäßig keine, wenigstens keine klagbare obligatio; das Versprechen muß, um obligatorisch zu wirken, entweder in verba eingekleidet sein oder das die Obligation erzeugende Moment muß in der res bestehen; als solche, eine klagbare Verpflichtung des anderen Theiles zur Erfüllung des in der conventio gegebenen Versprechens er-

142) L. 21. C. II. 3.

zeugende Vermögensaufopferung gilt aber insbesondre der unwiderrufliche Verlust der früheren Klage, wenn er als Folge jener conventio zu betrachten ist[143]). Zweitens: giebt der eine oder andere Theil der Abfindung halber Ansprüche auf, so kann dies mit juristischer Wirkung sowohl durch formlosen Vertrag (pactum de non petendo), als in formeller Weise durch acceptilatio, nöthigenfalls nach vorausgegangener Novation bewirkt werden. Drittens: sollen unmittelbar durch den Vergleich dingliche Rechte übertragen oder begründet werden, so geschieht die Bestellung von iura in re schon durch bloßen formlosen Consens, während zur Uebertragung des Eigenthums außer der darauf gerichteten Willenseinigung der Parteien noch Besitzerwerb durch den Abgefundenen gehört. Eine perfecte, d. h. nach allen ihren Richtungen mit Rechtsschutz versehene, transactio konnte demnach im römischen Rechte vorkommen bald als nuda conventio, bald eingekleidet in die civilrechtlichen Formen der Aquiliana stipulatio und acceptilatio einerseits und der Stipulation andererseits, bald zusammengesetzt aus pactum de non petendo einerseits und Stipulation andererseits, bald endlich als wahrer Innominatscontract. Im heutigen Rechte wird im Gebiete des obligatorischen wie des liberatorischen Vertrages der formlos erklärten Willensübereinstimmung die volle Wirkung eingeräumt, wie sie die bei den Römern mit civilrechtlichen Formen eingegangenen Verträge hatten; die Stipulation und Acceptilation sind im heutigen Rechte ganz verschwunden. Deshalb wird jetzt, wenn nicht die Parteien ausdrücklich die Beobachtung einer bestimmten Form als Bedingung der Perfection verabredet haben, der Vergleich vollkommen wirksam eingegangen durch die irgendwie erklärte, bindend gemeinte Willensübereinstimmung der Transigenten, vorausgesetzt, daß nicht ein sonstiger Grund der Hinderung des Vergleiches vorhanden ist. 4) Hinderung des Vergleiches wegen Mangels des Willensübereinstimmung. Vor allem ist klar, daß der bloße, absichtlich hervorgerufene Schein eines Willens (von Savigny „absichtliche Erklärung ohne Willen" genannt), also der simulirte Vergleich, nicht wirklicher Vergleich, sondern höchstens das andere, wirklich beabsichtigte und nur unter der falschen Form des Vergleiches versteckte Geschäft sei. Was die Hinderungen betrifft, welche nicht in absichtlichem Nichtwollen des Geschäftes bestehen, so sind Hinderungen dieser Art Zwang und Irrthum. Letzterer ist entweder durch Betrug hervorgerufen oder nicht. Die Grundsätze, welche für die unter Einfluß von Zwang und Betrug entstandenen Rechtsgeschäfte überhaupt gelten[144]), bestehen ganz in derselben Weise auch für den Vergleich, wenn hier die

143) Vgl. L. 6. und 34. C. II. 4. und über deren Auslegung Risch a. a. O. §. 17, N. 18, S. 149 flg.

144) Vgl. darüber den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 213 flg., 216 flg.

Bedeutung der vis und des dolus zur Sprache kommt. Sie werden später da, wo von der Aufhebung des Vergleiches gehandelt wird, noch besonders erörtert werden. Dagegen ist die Frage noch hier zu beantworten, wie es sich mit dem nicht durch Täuschung eines Dritten erregten Irrthum hinsichtlich des unter seiner Einwirkung geschlossenen Vergleiches verhalte? Diese Frage ist eine der schwierigsten in der ganzen Vergleichslehre, besonders wegen der schwierigen Erklärung mancher hierher gehörigen Quellenaussprüche[145]). Man muß auch bei dem Vergleiche nach dem Vorgange von Savigny[146]) die zwei Hauptarten des Irrthums unterscheiden, den echten, welcher den Willen des Irrenden nicht ausschließt, sondern voraussetzt, und den unechten, dessen Dasein den Rechtswillen oder die Uebereinstimmung des beiderseitigen Willens gar nicht zur Existenz kommen läßt. Was zunächst den echten Irrthum betrifft, so ist er insofern der Furcht und dem durch Täuschung entstandenen Irrthum gleichartig, als er nicht den Willen selbst hindert, sondern nur das Motiv des wirklich vorhandenen und erklärten Willens als mangelhaft erscheinen läßt. Da nun das Motiv bei der Frage nach dem rechtlichen Dasein und nach der Giltigkeit der wirklich gewollten Handlung regelmäßig nicht in Betracht kommt, dieser Mangel auch nicht durch eine unsittliche Einwirkung von Außen herbeigeführt worden ist, so ist, wenigstens in der Regel (Ausnahmen kommen bei den Condictionen und bei den ädilizischen Klagen vor) der echte Irrthum ohne Rücksicht auf seine Entschuldbarkeit oder Nichtentschuldbarkeit, für die juristische Beurtheilung der unter seiner Einwirkung vorgenommenen Rechtshandlung, was die Frage ihrer Existenz und Rechtsbeständigkeit betrifft, gleichgiltig und eine Anfechtung eines Rechtsgeschäftes deshalb nicht statthaft. Dieser Satz gilt vollständig und wegen der eigenthümlichen Natur des immer eine Rechtsungewißheit voraussetzenden Vergleiches womöglich in noch höherem Grade auch bei dem Vergleiche. Man wird indessen bei der Lehre von der Aufhebung des Vergleiches noch besonders darauf zurückkommen. Der unechte Irrthum kann vorkommen bei ausdrücklichen und bei stillschweigenden Willenserklärungen: bei den ersteren hindert er das Dasein der Willensbestimmung, welche nothwendig ist, damit das beabsichtigte Rechtsverhältniß zur Existenz komme; bei letzteren bewirkt er, daß diejenige Auslegung einer Handlung verneint wird, wodurch sie außerdem als jene stillschweigende Willenserklärung zu betrachten gewesen wäre. Er kann bei ausdrück-

145) Den letzten und bedeutendsten Versuch, diese Lehre aufzuklären, hat gemacht Goetz, Comm. iur. civil. de errore in transactionibus recte aestimando. Altorfii et Norimberg. 1797. Ihm folgt Glück, Erl. der Pand. Bd. 5, S. 13 flg. und auch die den Vergleich behandelnden Lehrbücher des Pandektenrechtes bis auf die neuere Zeit.

146) Vgl. den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 220 flg., 223 flg., wo die Savigny'sche Theorie vom echten und unechten Irrthum dargestellt und zum Grunde gelegt ist.

lichen Willenserklärungen, wie bereits in einem anderen Artikel erörtert worden ist [147]), vorkommen a) als Irrthum, bezüglich Nichtübereinstimmung des beiderseitigen Willens hinsichtlich der Natur des beabsichtigten Rechtsverhältnisses; ein solcher hindert den Vergleich ebenso wie jeden anderen Vertrag; b) als Irrthum über die in dem Rechtsverhältnisse gegenüberstehende Person; c) als error (resp. dissensus) in corpore, oder auch als sog. error in substantia. Die Grundsätze, welche über die Wirkung dieses Irrthums bei Verträgen überhaupt gelten, kommen auch bei Vergleichen zur Anwendung. Was den unechten Irrthum bei der stillschweigenden Willenserklärung, soweit dieselbe einen Vergleich enthalten könnte, betrifft, so findet der bereits aufgestellte Satz, daß wegen dieses Irrthumes diejenige Auslegung einer Handlung verneint werde, zufolge welcher sie außerdem als stillschweigender Ausdruck eines bestimmten Willens anzusehen gewesen wäre, auch auf solche Handlungen Anwendung, welche ohne das Dasein jenes Irrthumes als stillschweigender Ausdruck eines Vergleichswillens hätten betrachtet werden müssen [148]). Die früheren Juristen haben diese Bedeutung des unechten Irrthumes in diesem Gebiete nicht gehörig gewürdigt und ihre falsche Auffassung hat sich bis jetzt fortgepflanzt. Sie gelangten von einigen, blos eine Anwendung des obigen Principes enthaltenden Quellenaussprüchen (in Note 148 angeführt) zu einer unrichtigen Theorie über den Einfluß des Irrthumes bei Vergleichen, namentlich zu dem auch in die neueren Lehrbücher übergegangenen Satze, daß der Vergleich (wegen dolus und) wegen Unrichtigkeit dessen, was die Transigenten bei dessen Eingehung als gewiß vorausgesetzt hatten, angefochten werden könne. Risch hat das Verdienst, auf das Richtige aufmerksam gemacht zu haben. 5) Auslegung des Vergleiches. Man hat vielfach für den Vergleich besondere Auslegungsregeln aufstellen zu müssen geglaubt; insbesondre hat man viel von einer „einschränkenden," ja „im höchsten Maße restrictiven" Auslegung der Vergleiche gesprochen. Bei genauerer Prüfung ergiebt sich aber, daß man nur die allgemeinen Auslegungsgrundsätze in dieser speciellen Richtung angewendet und diese zu specifischen Besonderheiten des Vergleiches gemacht hat. So ist es z. B. eine allgemeine Auslegungsregel, daß bei Zweideutigkeit des Sinnes und Umfanges der Erklärung zunächst der Wille des Handelnden und dann erst die grammatische Bedeutung der Willenserklärung für den wahren Sinn derselben maßgebend sei. Bei Vergleichen werden nun sehr häufig, obgleich nur eine ganz bestimmte Differenz zu dem Vergleiche Anlaß gegeben hat und von den Parteien beigelegt werden will, gleichwohl bei der Eingehung des Geschäftes von den Parteien

147) Vgl. den angezogenen Artikel S. 220 flg.

148) Die zwei wichtigsten hierfür anzuführenden Stellen, welche aber viele Mißverständnisse veranlaßt haben, sind L. 3. §. 1. D. 2. 15. und L. 36. D. 10. 2. Ueber die Auslegung der ersten vgl. Note 129, über die der zweiten Risch a. a. O. §. 18, N. 10, S. 163—166.

Formeln von der weitesten Fassung gebraucht, sodaß man, wenn man ohne Rücksicht auf den wirklichen Willen der Parteien die Erklärung lediglich nach der grammatischen Bedeutung derselben auslegen würde, den Vergleich nicht auf die wirklich verglichene Differenz beschränken, sondern auf alle möglichen Illiquiditäten in den Beziehungen der transigirenden Personen ausdehnen würde. Nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung soll aber in einem solchen Falle nicht die Erklärung den Umfange des Willens, sondern umgekehrt der Wille die Tragweite der Erklärung bestimmen[149]). Auf die diese Bestimmung enthaltenden Stellen eine einschränkende Auslegung des Vergleiches als eine Besonderheit desselben vor anderen, einen Verzicht enthaltenden Verträgen zu stützen, dazu fehlt es sowohl an einem inneren Grunde, als auch ein solches Beginnen nicht unbedenklich ist, indem es leicht dazu verleitet, diese Besonderheit auch da in Anwendung bringen zu wollen, wo solche sowohl mit der Natur der Sache, als mit dem Ausspruche der Quellen des römischen Rechtes in Widerspruch treten würde. Ist nämlich der Wille der Parteien wirklich ein genereller, weil sie sich von Anfang an über ein genus von Ansprüchen (Erbschaft, Geschäftsführung, Societät u. s. w.) verglichen hatten, so ist der Vergleich auch generell zu verstehen, d. h. auf alle rationell zu dem verglichenen genus gehörigen species auszudehnen, so lange nicht die Partei, welche einen engeren Umfang behauptet, den Beweis eines nicht so weit sich erstreckenden Willens geführt hat, sei es nun durch Nachweis speciell gemachter Ausnahme oder solcher Umstände, welche einen Vergleichswillen mit Bezug auf einzelne, in dem genus an sich mitinbegriffene species für sie unmöglich machten[150]). 6) Bestärkungen des Vergleiches. Von den

---

149) L. 31. C. II. 4. L. 5. L. 9. §. 1. 3. D. 2. 15.

150) Besonders L. 29. C. II. 4., eine Stelle, welche zugleich den Irrthum bei dem Vergleiche mit behandelt. Die Stelle lautet: Sub praetextu specierum postea repertarum generali transactione finita rescindi prohibent iura. Error autem circa proprietatem rei apud alium extra personas transigentium tempore transactionis constitutae nihil potest nocere. Wer eine generalis transactio geschlossen hat, d. h. einen Vergleich über einen Inbegriff von einzelnen, in ihrer Zusammengehörigkeit ein genus bildenden Ansprüchen, z. B. über eine Erbschaft, Geschäftsführung u. s. w. und infolge dessen gegen eine Abfindungsleistung des Anderen seinen Ansprüchen auf das genus entsagt hat, verzichtet dadurch auf die Möglichkeit, nicht nur die Klage auf das genus selbst wieder zu erneuern, sondern nicht minder auch auf den Anspruch auf die im genus begriffenen Individuen. Hieran ändert auch nichts der Umstand, daß erst nach geschlossenem Vergleiche das eine oder andere sachliche Individuum in seiner Eigenschaft als Bestandtheil des genus dem transigirenden Prätendenten zum Bewußtsein kommt; denn der Wille, auf einen Inbegriff von Ansprüchen zu verzichten, ist nicht bedingt durch eine vorherige genaue Kenntniß aller einzelnen species dieses Inbegriffes. So kann der Prätendent einer Erbschaft, auch ohne sich vorher nur im geringsten von deren Umfange unterrichtet zu haben, auf dieselbe verzichten; es genügt, daß er einen generellen Vergleichswillen hat und ihn erklärt. Diese Beurtheilung muß aber aufhören, sobald es gewiß ist, daß der Verzichtende bei jenem generellen Verzichte an bestimmte Individuen nicht dachte, weil er nicht an sie denken

auch bei anderen Verträgen vorkommenden Bestärkungsmitteln werden in Bezug auf den Vergleich in den Quellen namentlich zwei erwähnt, die Conventionalstrafe und der Eid, welche in ihrer Bedeutung für den Vergleich zu betrachten sind. a) Conventionalstrafe für den Fall der Verletzung des Vergleiches. Zweck der Conventionalstrafe ist, daß der Versprechende durch die Furcht vor der Strafe bewogen werden soll, dem Vergleiche Folge zu leisten (fidem transactioni praestare). Bei den Römern wird sie durch Stipulation, heutzutage durch formlosen Vertrag versprochen. Möglich ist sie auf Seiten beider Transigenten, also sowohl auf Seiten des seinen Rechtsanspruch aufgebenden Klägers, wo sie die Bedeutung hat, den Promittenten schon von dem bloßen Versuche der nochmaligen Geltendmachung des aufgegebenen Anspruches abzuschrecken[151]), als auch auf Seite des Beklagten, wo sie dazu dienen soll, den Promittenten zur Erfüllung der vertragsmäßigen Leistung anzutreiben[152]), nach Umständen dem Kläger die Verfolgung seiner Ansprüche aus dem Hauptvertrage erst möglich zu machen[153])

---

konnte; hier läßt sich nicht von einer Präsumtion sprechen, welche von dem generellen Verzichte in der Regel der Fälle auch auf die im genus begriffenen species gemacht werden darf; vielmehr ist dieser Fall ganz gleichartig zu behandeln mit demjenigen, wo ausdrücklich bestimmte species von dem generellen Verzichte ausgenommen worden sind; in beiden Fällen fehlt es am Verzichtswillen mit Bezug auf diese species, hier kraft ausdrücklicher Erklärung, dort wegen der objectiven Unmöglichkeit des Vorhandenseins dieses Willens. Wäre der Grundsatz der einschränkenden Auslegung der Vergleiche wirklich ein absoluter, so müßte in der fraglichen Stelle die Entscheidung ganz entgegengesetzt ausfallen, d. h. es müßte nicht der eine geringere Tragweite der Willenserklärung behauptende Transigent den Beweis seiner Behauptung, sondern umgekehrt der Andere den Beweis der weiteren Tragweite führen. Vgl. auch L. 12. D. 2. 15.: non est ferendus, qui generaliter de his, quae testamento relicta sunt, transigerat, si postea causetur, de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam, quod posteriore legatum sit. Nicht im Widerspruche damit steht der Schlußsatz dieser Stelle: Si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur de eo duntaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura continetur. Diese Stelle giebt in ihrem Gesammtinhalte zwei anschauliche Beispiele sowohl für die einschränkende (im Schlußsatze), als für die nicht einschränkende Auslegung von Vergleichen (im Anfange); beide Fälle werden entschieden nach dem: id, quod actum est inter partes. In beiden Fällen handelt es sich um einen Vergleich über die testamentarischen Ansprüche des Abgefundenen. Zu diesem verglichenen genus von Ansprüchen gehört nun aber rationell Alles, was dem Abgefundenen in dem zur Zeit des Vergleiches bekannt gewesenen Testamente hinterlassen ist; behauptet derselbe einen engeren Umfang, so genügt nicht das bloße Behaupten (causari), sondern er hat auch den Beweis zu führen; dagegen gehört rationell nicht dazu dasjenige, was sich als ihm hinterlassen erst aus einem später aufgefundenen Codicill ergiebt; behauptet der Andere das Gegentheil, d. h. einen weiteren, alle erdenklichen, auch noch nicht gekannten testamentarischen, bezüglich codicillarischen Ansprüche des Abgefundenen umfassenden Vergleichswillen, so hat er den Beweis davon zu führen.

151) Vgl. L. 15. D. 2. 15.

152) Vgl. L. 37. C. II. 4.

153) Dies für den Fall, wo der Vergleich durch eine nuda conventio eingegangen war und deshalb dem Kläger keine Klage auf die Abfindungsleistung

oder doch zu erleichtern[154]). Die Frage, ob das Verhältniß des Strafvertrages zum Hauptvertrage ein alternatives sei, sodaß der Stipulant im Falle der Verwirkung der Strafe nur die Wahl zwischen der Forderung der Erfüllung des Hauptvertrages oder der Entrichtung der Strafe habe oder ein cumulatives, sodaß der Stipulant einmal die Erfüllung des Hauptvertrages und zugleich damit auch die Leistung der Strafe fordern könne, läßt sich nicht im allgemeinen für alle Fälle auf gleiche Weise beantworten, sondern es muß vielmehr im Einzelfalle auf die concrete Willensmeinung der Parteien Rücksicht genommen werden. Im Zweifel ist nach klaren Quellenaussprüchen die Vermuthung für das alternative Verhältniß der Strafklage zur Hauptklage[155]). b) Bestärkung eines Vergleiches durch Eid. Wenn auch im allgemeinen nach römischem Rechte die eidliche Bestärkung kein juristisch erheblicher Act ist, sondern lediglich als ein Mittel erscheint, den Promittenten in seinem Gewissen stärker zu verpflichten, so findet doch eine Ausnahme für den Fall der Verletzung eines eidlich bestärkten Vergleiches durch einen Volljährigen statt, vorausgesetzt, daß der Vergleich bona fide von Seiten des Gegners des Eidbrüchigen geschlossen war[156]). In diesem Falle sollen nicht blos die gewöhnlichen Wirkungen der Verletzung eines auch nicht beschworenen Vergleiches eintreten, sondern auch Strafen als Folgen eines solchen Eidbruches stattfinden, und zwar folgende vier: erstens Infamie, zweitens gänzlicher Verlust der Klage, drittens Leistung der außerdem auch noch für den Fall der Verletzung des Vergleiches versprochenen Conventionalstrafe, endlich viertens Verlust aller Vortheile, welche der Eidbrüchige aus dem Vergleiche bereits erlangt hatte. Wenn man fragt, wem die Constitution diese Nachtheile androhe, ob blos dem eidbrüchigen Kläger oder nur dem Beklagten, oder beiden, so betrifft zwar der Wortlaut der Stelle anscheinend blos den eidbrüchigen Kläger, wenn derselbe ungeachtet seines eidlich bestärkten Verzichtes den alten Rechtsstreit erneuert; allein schon nach dem weiteren Zusatze „vel non implendo promissa," sowie nach dem inneren Grunde und der sonstigen weiten Fassung des Gesetzes überhaupt sind jene Strafen auch bei dem Eidesbruche des Beklagten anzuwenden, sofern dessen Stellung ihre Anwendung zuläßt; denn der zweite, im völligen Verluste der Klage bestehende Nachtheil kann natürlich den Beklagten nicht treffen; dagegen

---

zustand. In dieser Beziehung ist die Conventionalstrafe heutzutage nicht von Bedeutung, da schon aus dem formlosen Vertrage ein Klagrecht entsteht.

154) Insofern nämlich die Conventionalstrafe das Interesse des Stipulanten für den Fall der Zuwiderhandlung gegen den Hauptvertrag feststellt und ihm dadurch den oft schwierigen Beweis desselben erspart. In dieser Beziehung ist die Conventionalstrafe noch jetzt von großer Bedeutung.

155) L. 10. §. 1. D. 2. 14. Zur Feststellung des Verhältnisses der Cumulation beider Klagen scheint bei den Römern namentlich für Vergleiche die Clausel „rato manente pacto" üblich gewesen zu sein. Vgl. L. 16. D. 2. 15. L. 17. C. II. 4.

156) L. 41. C. II. 4.

lassen die drei anderen Nachtheile (Infamie, Entrichtung der Conventionalstrafe, Verlust aller Vortheile aus dem Vergleiche) gleiche Anwendung auf den Beklagten zu, wie auf den Kläger.

D. Wirkungen des Vergleiches. 1) Im allgemeinen. Für die Betrachtung der Wirkungen eines perfecten Vergleiches ist der oben schon erwähnte Unterschied des Vergleichsinhaltes, des judicatlichen und des anderweiten Vergleichsinhaltes maßgebend. Es ist daher erstens von den judicatmäßigen Wirkungen und zweitens von den anderweiten (nicht judicatlichen) Wirkungen des Vergleiches zu handeln. 2) Judicatmäßige Wirkung des Vergleiches. Die wesentliche Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles besteht bekanntlich darin, daß es das bis zum Momente der res iudicata bestehende streitige Verhältniß unter den Parteien nunmehr für immer beseitigt durch ein definitives gewisses, welches an dessen Stelle tritt, und daß es zum Schutze dieser geschaffenen Rechtsgewißheit, wenn sie von der einen oder anderen Seite wieder in Frage gestellt werden sollte, wirksame Mittel gewährt, verschieden je nach dem Inhalte des Urtheiles und der demselben gegenüber versuchten Mißachtung. Diese Schutzmittel sind die actio iudicati und die exceptio (auch replicatio u. s. w.) rei iudicatae, welcher letzteren Voraussetzungen, eadem quaestio (objective Identität) und eaedem personae, unter welchen dieselbe Rechtsfrage wiederkehren muß (subjective Identität) bereits in dem Artikel Urtheil erörtert worden sind. Es ist nun nachzuweisen, daß die Verwandtschaft des Vergleiches mit dem rechtskräftigen Urtheil sich auch in der Verwandtschaft der Wirkungen des Vergleiches mit denen des Judicates zeige. Dabei ist aber neben den verwandtschaftlichen Momenten auch auf die aus dem immerhin verschiedenen Wesen beider Institute sich ergebenden Gegensätze derselben hinzuweisen. Die allgemeine Wirkung des Vergleiches ist nach dem früher Bemerkten dieselbe, wie die des rechtskräftigen Urtheiles, nämlich eine rechtlich geschützte Rechtsgewißheit an die Stelle der früheren Rechtsungewißheit zu setzen. Diese Analogie ist nun auch in den Ausprägungen jener allgemeinen Wirkung, wie sich dieselben für das Judicat in der actio iudicati einerseits und in der exceptio rei iudicatae andererseits darstellen, zu verfolgen. a) Klagschutz aus dem Vergleiche mit Bezug auf das außer Streit gesetzte Rechtsverhältniß. Gleichwie das rechtskräftige Urtheil dem obsiegenden Kläger eine actio iudicati gegen den ungehorsamen Beklagten giebt, so gewährt auch der Vergleich, insoweit er eine gänzliche oder theilweise Anerkennung des vom Kläger prätendirten Rechtsanspruches enthält, eine neue Klage aus dem Vergleiche, welche man jetzt „Vergleichsklage" nennen kann. Für das römische Recht scheint dieser Behauptung entgegenzustehen, daß die römischen Quellen nirgends von einer actio transactionis sprechen, so daß in vielen Fällen der Vergleich keine neue Klage begründete, und daß, wenn dies auch wirklich der Fall war, die neue Klage keine Vergleichsklage, sondern ent=

weder eine actio ex stipulatu oder eine actio praescriptis verbis war. Diese Bedenken beseitigen sich durch die obigen Erörterungen über die Form der Eingehung des Vergleiches (vergl. sub B. 3.). Allerdings kannte das römische Recht keine eigenthümliche Vergleichsklage; sie ist auch im heutigen Rechte keine eigenthümliche, sondern eine Vertragsklage (actio ex pacto nach dem Sprachgebrauch der Neueren), aber eine Klage aus einem Vergleichsvertrag. Insofern nun im römischen Rechte die nuda conventio in der Regel keine Klage hervorbrachte, konnte auch aus einer durch nuda conventio eingegangenen transactio, welche eine Anerkennung des klägerischen Anspruches enthielt, keine neue Klage entspringen; in diesem Falle lag aber noch gar kein perfecter Vergleich vor, sondern blos ein nudum pactum, welches eine res transacta herbeiführen konnte, noch nicht herbeigeführt hatte. Das letztere geschah erst zu dem Zeitpunkte, wo dem Prätendenten, dessen Anspruch vertragsmäßig anerkannt worden war, entweder gerade dazu erfüllt wurde, wo er natürlich keiner Klage mehr bedurfte oder wo er wirklich eine neue Klage zur rechtlichen Verfolgung des außer Streit gesetzten Anspruches erwarb, sei es durch Stipulation oder durch vorherige Vermögensaufopferung von seiner Seite (res). So erzeugt denn auch schon nach römischem Rechte die vollkommene transactio, soweit sie eine Anerkennung des klägerischen Anspruches enthielt, dem Kläger eine neue Klage, deren Grundlage der Vergleichsvertrag, nicht das alte Rechtsverhältniß war. Im heutigen Rechte, wo der bloße formlose Vertrag schon eine Klage hervorbringt, tritt dieses Resultat noch viel leichter ein. Das Verhältniß der neuen aus dem Vergleiche entstehenden Klage zu der aus dem früheren bestrittenen Rechtsverhältnisse (insbesondre Schuldverhältnisse) ist regelmäßig als cumulatives, nicht als privatives aufzufassen, d. h. es kann, falls sich nicht ein anderer Wille der Parteien erkennen läßt, das durch den Vergleich außer Streit gesetzte Rechtsverhältniß auch noch durch die frühere Klage geltend gemacht werden, wenn nur nicht mehr oder etwas Anderes als durch den Vergleich anerkannt worden ist, gefordert wird; insbesondre bleiben die für die ursprüngliche Obligation bestellten Sicherungsmittel (Pfänder, Bürgen) auch noch für die außer Streit gesetzten in Kraft[157]). Selbstverständlich darf nach allgemeinen Rechtsgrund-

---

157) Hier kommt man auf die von jeher sehr bestrittene Frage, ob der Vergleich eine Novation bewirke oder nicht. Dieselbe wird von Averan. Interpret. iur. civ. Lib. III. cap. 8. und Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 447 bejaht; verneint hingegen von Donellus ad L. 4. C. II. 4. Schweppe, Handb. §. 523. Puchta, Vorlesungen zu §. 294 seines Lehrbuches scheint sich zu der ersteren Ansicht hinzuneigen, indem er dort sagt: „In diesen Verträgen (Vergleichen) liegt zugleich eine Aufhebung der bisherigen Ansprüche, an deren Stelle aber das durch Uebereinkunft Vermittelte treten soll.“ Allein, wie Risch a. a. O. §. 4, N. 1, S. 14 flg. mit Recht bemerkt, hat in der Terminologie des römischen Rechtes das Wort novatio, besonders wenn von vertragsmäßiger Neuerung die Rede ist, einen ganz präcisen Begriff als die in Stipulationsform geschehende Eingehung einer neuen obligatio mit der Absicht und Wirkung, in demselben

sätzen durch den Vergleich des Hauptschuldners die Lage weder des Bürgen, noch des dritten Verpfänders dem Gläubiger gegenüber beeinträchtigt werden; es stehen denselben also noch alle die früheren Einwendungen, welche sie selbst oder der Hauptschuldner gegen die nunmehr außer Streit gesetzte Forderung hatten, zu, sofern sie nicht selbst jenem Ver-

---

Momente und Acte die seither an ihrer Stelle bestandene zu zerstören. Dieser technische Begriff der novatio läßt sich nun aber offenbar nicht auf den Vergleich übertragen, welcher auch bei den Römern weder der Stipulationsform bedurfte, noch nothwendig eine obligatio (jedenfalls nicht eine bereits begründete und als solche anerkannte) aufhebt, noch immer eine neue Schuldforderung als Resultat des geschlossenen Vergleiches hervorgehen läßt. Mühlenbruch stützt die Novationsnatur des Vergleiches auf L. 7. §. 1. D. 2. 15. L. 68. §. 1. D. 46. 1. Beide Stellen enthalten aber nichts weiter als den Satz, daß, wenn der Hauptschuldner sich verglichen habe und durch den Vergleich liberirt worden sei, die Bürgen nicht mehr belangt werden könnten; ein Satz, welcher aus der accessorischen Natur der Bürgschaftsschuld von selbst folgt; daß jedoch der Vergleich des Hauptschuldners eine Novation enthalte, sagt keine dieser Stellen. Auch bedarf es dazu, daß ein Vergleich eine obligatio außer Streit setze, nicht nothwendig einer Aufhebung derselben und neuen Begründung einer materiell gleichen. Bei den Römern wurde allerdings, wenn eine vorher bestrittene Forderung nunmehr vom Schuldner im Vergleichswege anerkannt wurde, regelmäßig dies größerer Sicherheit halber in der Weise bewerkstelligt, daß die alte Forderung durch Acceptilation getilgt und eine neue an deren Stelle durch Stipulation begründet wurde. Hier ließ sich allerdings sagen, durch den Vergleich sei die alte obligatio aufgehoben und eine neue an ihrer Statt begründet worden. Dabei ist aber zweierlei nicht zu übersehen: erstens, daß dies auch bei den Römern nur Form war, indem dann die neue obligatio doch denselben Inhalt hatte wie die alte, nur daß man jetzt aus der Stipulation, nicht aus dem der früheren obligatio zum Grunde liegenden Rechtsverhältnisse klagte; zweitens, daß unser heutiges Recht, welches eine solche Formaltheorie gar nicht kennt, jene römische Anschauungsweise gar nicht zuläßt, wie schon daraus hervorgeht, daß, wenn z. B. die nunmehr außer Streit gesetzte Obligation vorher durch Pfänder oder Bürgen gesichert war, diese Accessionen nun keineswegs als durch den Vergleich beseitigt gelten können, wenn nicht ein darauf gerichteter Wille der Parteien erkennbar ist. Vgl. Risch a. a. O. §. 4, N. 6, S. 37. Der richtige Gesichtspunkt läßt sich nur durch die Vergleichung der transactio mit der res iudicata (d. i. der Vergleichsklage mit der actio iudicati) klar machen. Die Parteien wollen hier offenbar ganz dasselbe durch den Vertrag bewirken, was das Urtheil als Folge der richterlichen Untersuchung und Entscheidung möglicherweise bewirkt hätte: Setzung des klägerischen Forderungsrechtes außer Streit. Sowie nun die richterliche Verurtheilung das frühere Schuldverhältniß fortbestehen und das iudicatum auch durch die alte Klage einfordern läßt, sofern sie nur nicht mit dem durch das Urtheil Anerkannten im Widerspruche steht (vgl. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 6, S. 306 flg., 308), so ermangelt es auch an einem Grunde, ein Gleiches für den Fall der vertragsmäßigen Anerkennung des klägerischen Anspruches von Seiten des Beklagten (der vertragsmäßigen Condemnation) in Abrede zu stellen. Die abweichende Ansicht ist schon deshalb zu verwerfen, weil die transigirenden Parteien sicherlich, wenn sie es nicht ausdrücklich so bestimmt haben, nicht beabsichtigen, die für die frühere Obligation bestehenden Accessorien (Pfänder und Bürgen) durch den Vergleich aufzuheben, was die nothwendige Folge davon wäre. Diese hier angenommene Ansicht ist auch in den neueren Gesetzgebungen anerkannt. Vgl. Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. Art. 1390. Preuß. Landrecht a. a. O. §. 446 flg.

gleiche beigetreten sind [158]). Ist durch den Vergleich ein dinglicher Rechtsanspruch außer Streit gesetzt, insbesondre das Eigenthum des Klägers an einer im Besitze des Beklagten befindlichen Sache von Letzterem anerkannt worden, so übernimmt derselbe durch den Vergleich die Verpflichtung zur Restitution der Sache an den Kläger, welche vom Kläger im Falle der Weigerung des Beklagten durch die Vergleichsklage, gleichwie die Erfüllung der rechtskräftigen Verurtheilung durch die actio iudicati, erzwungen werden kann. Ungeachtet der im Uebrigen zwischen der Vergleichsklage und der Judicatsklage bestehenden so durchgreifenden Verwandtschaft kann doch der ersteren nach gemeinem Rechte, da sie blos auf Erfüllung eines Privatvertrages gerichtet ist, nicht die mit dem öffentlichen Charakter und der großen Liquidität des richterlichen Urtheiles zusammenhängende rechtliche Bevorzugung der Judicatsklage zugestanden werden [159]). b) Einredeschutz aus dem Vergleiche gegenüber der Erneuerung des aufgegebenen zweifelhaften

---

158) L. 2. C. VII. 60. L. 19. D. 44. 1.

159) Manche, z. B. Seuffert, Comm. zur bayer. Gerichtsordn. Bd. 4, Abth. I, S. 202, N. 28, wollen zwar auch schon nach gemeinem Rechte aus Vergleichen, gleichwie aus einem rechtskräftigen Urtheile Execution verstatten und berufen sich deshalb auf den in L. 20. C. II. 4. ausgesprochenen Satz: non minorem auctoritatem transactionum esse, quam rerum iudicatarum, recta ratione placuit. Allein diese Stelle will nur die allgemeine judicatliche Wirkung des Vergleiches, nämlich die endgiltige Beseitigung des früheren Streites, welche der Vergleich nicht weniger als das rechtskräftige Urtheil bewirkt, möglichst prägnant aussprechen, wie die ferneren Worte: neque ad rescindendum pactum sufficit etc. außer Zweifel setzen. Anders verhält es sich nach einzelnen Partikularrechten, welche aus gerichtlich geschlossenen Vergleichen Execution stattfinden lassen. Hierher gehört z. B. das bayerische Recht, in welchem gerichtliche Fertigung aller Vergleiche als nothwendige Form vorgeschrieben ist. Cod. iudic. bavar. cap. XVII. §. 1. nr. 9. Besonders in den Ländern des sächsischen Processes sind gerichtlich geschlossene Vergleiche dem rechtskräftigen Urtheile in Bezug auf die daraus zu suchende Execution gleichgestellt. Kursächs. Const. 32. P. I. Dec. 12. von 1661. Kgl. sächs. Gesetz v. 28. Febr. 1838 §. 85. Goth. Gesetz über den ordentl. Proceß v. 12. Octbr. 1837 §. 4. Rudolst. Publ. Patent zur Zerbster OAGOrdnung §. 23 und Executionsordnung v. 10. Juni 1854 §. 2. Altenb. Gesetz v. 14. Oct. 1852 §. 48. Dess. Anhang zur Anhalt. Proceßordn. Cap. 12, §. 2. In den Ländern des sächsischen Processes ist dieses ein Ueberbleibsel des in den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters ausgesprochenen Grundsatzes, daß derjenige, welcher wegen einer Schuld belangt wird, dieselbe bekennen und zahlen oder leugnen und abschwören müsse. Im Falle des gerichtlichen Bekenntnisses zur Schuld scheint eine weitere Verurtheilung nicht nöthig gewesen zu sein; dies umsoweniger, als wegen redlicher kundbarer Schuld sogar außergerichtliche Pfändung der Befriedigung halber zulässig war, wie auch die Reichsgesetzgebung anerkannte. S. Wilda, das Pfändungsrecht, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. I, §. 1, 2, S. 190—209. Vgl. auch des Verfassers Artikel Geständniß in der Allgem. Encyclopädie für Wissenschaften und Künste. War das gerichtliche Bekenntniß einer Schuld der Execution fähig, so mußte dies bei einem gerichtlich geschlossenen Vergleiche nicht weniger eintreten, insofern derselbe eine Anerkennung des klägerischen Anspruches durch den Beklagten enthielt oder sich sonst ein Theil darin zu irgend einer Leistung verpflichtet hatte.

Rechtsanspruches. Sowie die exceptio rei iudicatae gegenüber der actio iudicati die praktisch wichtigere und die eigentliche Trägerin des Institutes der Rechtskraft ist, so ist in eben demselben Verhältnisse unter den judicatlichen Wirkungen des Vergleiches der Einredeschutz der praktisch wichtigere gegenüber dem Klagschutze. Die Einrede des Vergleiches (exceptio transactionis, exc. rei transactae, auch exc. pacti) hat die Aufgabe, Ansprüche, welche durch den früheren Vergleich aufgegeben waren, zurückzuweisen, wenn dieselben dem früheren Vergleiche zuwider gemacht werden. Die Analogie dieser Einrede mit der exceptio rei iudicatae tritt schon hier hervor; die Wirkung selbst ist die gleiche (Abweisung des in Widerspruch mit der früheren Streitbeendigung tretenden Klägers), und nur die Rechtfertigung der Wirkung für den einen und anderen Fall ist eine wesentlich verschiedene; für die exc. rei iud. die auf Untersuchung des streitigen Verhältnisses beruhende und nun zur formellen Wahrheit gewordene Entscheidung des Streites, für die exc. rei transact. der freie Vertragswille der Transigenten. Bei der römischen transactio war es nicht immer eine eigentliche Einrede (exceptio im materiellen Sinne), welche die Function der Aufrechterhaltung des Vergleiches gegen spätere Anfechtung seines Inhaltes übte, sondern von einer exceptio pacti war nur dann die Rede, wenn der Verzichtswille nicht in die civilrechtlichen Formen der Aquiliana stipulatio und acceptilatio eingekleidet war; in diesem letzteren Falle setzte man dem erneuerten Anspruche, dessen Klage ipso iure vernichtet war, überhaupt keine eigentliche exceptio, sondern eine bloße defensio (von Savigny „relative Verneinung" genannt) entgegen. Heutzutage, wo der Unterschied der modi tollendi obligationem ipso iure und ope exceptionis seine hauptsächliche praktische Bedeutung verloren hat, und insbesondre eine qualitative Unterscheidung der Acceptilation und des pactum de non petendo dem teutschen Rechtsbewußtsein fremd geblieben ist, da uns wegen des Mangels besonderer Formen der Erklärung des Verzichtswillens für den einen oder anderen Fall schon die im römischen Rechte so liquid vorliegende äußere Erkennbarkeit fehlt, wo endlich wegen der schon im Justinianeischen Rechte bestehenden Gleichförmigkeit der processualischen Behandlung der eigentlichen Defensionen und der wahren Exceptionen die letztere Bezeichnung nicht nur von allen Processualisten, sondern auch von vielen Civilisten gemeinsam gemacht, also auch jene sog. relative Verneinung darunter begriffen worden ist, ist es vollkommen gerechtfertigt, wenn man schlechthin von einem Einredeschutze aus dem Vergleiche spricht und darunter auch jene Fälle begreift, wo nach römischem Rechte keine wahren Einreden (im materiellen Sinne), sondern lediglich Defensionen (relative Verneinung) gegen die neue Klage zu brauchen sind. Die heutige exceptio rei transactae hat übrigens nach ausdrücklicher Bestimmung des kanonischen Rechtes dieselbe begünstigte Natur, wie die exceptio rei iudicatae; sie befreit nämlich den sie vorschützenden Beklagten von der Einlassung auf die Hauptsache (sog. proceßhindernde Einrede); sie gehört

zu den sog. exceptiones litis finitae[160]). Was die **Bedingungen** betrifft, welche vorhanden sein müssen, damit einer neu erhobenen Klage die Einrede des Vergleiches mit Erfolg entgegengesetzt werden könne, so findet auch in dieser Beziehung eine Verwandtschaft dieser Einrede mit der xc. rei iud. statt[161]). Gleichwie für die Anwendbarkeit der Einrede der Rechtskraft einer neuen Klage gegenüber als Bedingungen die objective und subjective Identität der neuen Klage mit der rechtskräftig verneinten vorausgesetzt werden, so sind in gleicher Weise dieselben Bedingungen auch rücksichtlich der wirksamen Vorschützung der Einrede des Vergleiches gegen einen neu erhobenen Anspruch anzuerkennen. aa) **Objective Identität (eadem res) als Bedingung der Wirkung der exceptio rei transactae.** Damit ein früher abgeschlossener Vergleich auf einen später versuchten Rechtsstreit hindernden Einfluß äußern könne, wird nothwendig vorausgesetzt, daß in dem neuen Rechtsstreite dieselben Ansprüche geltend gemacht werden, auf deren Verfolgung der jetzige Kläger im früheren Vergleiche verzichtet hatte. Es mußte also in der That eadem res sein, um welche es sich bei dem früheren Vergleiche und im jetzigen Rechtsstreite handelt, und zwar muß der jetzige Rechtsstreit im Widerspruch mit dem Inhalte des früheren Vergleiches stehen, nicht etwa auf Erlangung des vom Anderen im Vergleiche Anerkannten gerichtet sein. Die Frage, wenn ein solches Verhältniß der Identität des neu erhobenen mit dem früher vergleichsmäßig aufgegebenen Anspruche vorhanden sei, kann so wenig für die exc. rei transactae, als für die except. rei iudic. durch eine abstracte Formel beantwortet werden, sondern hier, wie dort, ist im gegebenen Falle durch genaue Untersuchung einmal der wahre Vergleichsinhalt mit Bezug auf die Erledigung des zweifelhaften Rechtsverhältnisses, sodann die wahre Natur und Richtung des neu erhobenen Processes festzustellen; die Vergleichung beider Resultate giebt dann die richtige Entscheidung über die Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit der Einrede des Vergleiches, dem neu erhobenen Anspruche gegenüber, an die Hand. Es gilt nun, durch Quellenzeugnisse den Satz von der objectiven Identität als nothwendiger Bedingung der Wirksamkeit der Einrede des Vergleiches zu beweisen. Es giebt **erstens** Fälle, wo diese objective Identität ungeachtet eines Scheines derselben in der That nicht vorhanden ist, dann aber auch **zweitens** Fälle, wo dieselbe ungeachtet einer scheinbaren Verschiedenheit der neuen Klage von dem früher vergleichsweise aufgegebenen Anspruche doch vorliegt. Fälle der **ersteren** Art sind: *α*) wenn Jemand sich mit seinem Tutor über die ihm aus der Führung der Tutel gegen denselben erwachsenen Ansprüche vergleicht und wenn er nun bald darauf seinen mit ihm derselben Vormundschaft unterworfen gewesenen Bruder beerbt, so kann er ungeachtet jenes Vergleiches nun-

160) Cap. 1. de lit. cont. in VI. (II. 3.)

161) Vgl. **Savigny**, System des heut. röm. Rechtes Bd. 6, S. 414 flg.

mehr als Erbe gegen den Tutor die actio tutelae erheben[162]; β) wenn ein Legatar mit dem eingesetzten Erben über seine Ansprüche aus dem vorliegenden Testamente sich vergleicht, und später ein Codicill aufgefunden wird, dessen Dasein die Transigenten nicht kannten, und aus welchem neue Ansprüche des transigirenden Legatars hervorgehen, so kann derselbe diese im Codicill geschehenen Zuwendungen einklagen[163]; γ) wenn Jemand gegen einen Dritten Ansprüche aus einer Geschäftsführung desselben hat und sich nun mit diesem nicht über den Gesammtanspruch, sondern über die eine oder andere Forderung aus dieser Geschäftsverwaltung vergleicht, so darf er dessenungeachtet die anderen Ansprüche auf dem Rechtswege verfolgen[164]; δ) wenn der Vater seinen Sohn formell enterbte, ihm aber die portio legitima nicht vollständig hinterließ, so konnte nach älterem römischen Rechte der Sohn die querela inoff. testam. anstellen, um durch richterliche Anerkennung der Inofficiosität Intestaterbfolge herbeizuführen. Die Erhebung der Querel wurde aber dadurch ausgeschlossen, daß der zur Querel Berechtigte eine letztwillige Zuwendung des Testators als solche annahm, auch wenn sie nicht die legitima erreichte, indem man in dieser Annahme einen stillschweigend erklärten Verzicht auf die Querel erblickte. Schließt also ein zur Querel Berechtigter mit dem Erben einen Vergleich über ihm gemachte Zuwendungen und erhält hiernach auch nicht seine portio legitima, so kann er doch später weder die Querel selbst noch erheben, noch auch für den Fall, daß ihm der Testator den ganzen Pflichttheil hinterlassen hat, den Rest (was er nämlich weniger durch den Vergleich erhalten hatte) nachfordern; denn, nachdem er einmal iudicium defuncti agnovit, hat er auf die Querel, als das einzige damalige Mittel, den gar nicht oder nicht vollständig hinterlassenen Pflichttheil geltend zu machen, verzichtet. Anders verhält sich die Sache, wenn der zur Querel Berechtigte über sein Pflichttheilsrecht sich in entschuldbarem oder nicht entschuldbarem Irrthum (ignorantia) befand; denn diese Bewußtlosigkeit hinsichtlich seines Pflichttheilsrechtes schließt bei ihm den Vergleichswillen aus, welcher im entgegengesetzten Falle aus seiner Annahme (auch durch Vergleich) der auch nicht den Pflichttheil erreichenden letztwilligen Zuwendung gefolgert werden mußte. Daraus folgt, daß, weil der übereinstimmende Vertragswille nicht auf die vergleichsmäßige Beseitigung auch des weiteren Anspruches auf den Pflichttheil, soweit nicht schon die Vergleichsabfindung diesen gewährte, gerichtet sein konnte und also auch nicht gerichtet war, auch die Wirkungen des Vergleiches jenen Anspruch

162) L. 9. pr. D. 2. 15. Er hat nämlich nur auf seine damaligen Ansprüche durch den Vergleich verzichtet; da es sich im neuen Rechtsstreite um die Ansprüche seines von ihm beerbten Bruders handelt, so liegt in der That alia res vor, auf welche der frühere Vergleich keinen Einfluß haben kann.

163) L. 12. fin. D. 2. 15.

164) L. 3. C. II. 4. Vgl. über die Auslegung dieser Stelle Risch a. a. O. §. 21, N. 21, S. 188.

nicht berühren können, also der pflichttheilsberechtigte Transigent ungeachtet des früheren Vergleiches seinen Pflichttheil, soweit er ihn noch nicht hat, fordern, nöthigenfalls sogar die Querel gebrauchen kann[165]). ε) Wenn ein alleiniger Erbe irrthümlich einen Anderen für seinen Miterben hält und nun die Erbschaftstheilung mit ihm im Vergleichswege vornimmt, so hindert ihn dieser Vergleich nicht, nachdem er sein alleiniges Erbrecht erfahren hat, dieses dem vermeintlichen Erben gegenüber geltend zu machen, und das, was er ihm aus dem jetzt in sich selbst zusammenfallenden Erbtheilungsvergleiche zum Eigenthum übertragen hat, zu condiciren[166]). Fälle der zweiten Art, wo wirklich das Erforder-

165) Diesen Fall enthalten L. 3. §. 1. L. 9. §. 3. D. 2. 15. Die erstere ist bereits früher erklärt worden. Vgl. Note 128.

166) L. 36. D. 10. 2. In dieser aus lib. II. Quaestionum des Paulus entlehnten Stelle wird derselbe Rechtsfall einer Erbschaftstheilung zwischen dem wahren (alleinigen) und einem vermeintlichen (Mit-) Erben nach zweifacher Richtung behandelt: erstens wird gefragt, was Rechtens sei, wenn die Erbtheilung zwischen Beiden auf gerichtlichem Wege vorgenommen und der alleinige Erbe dem Nichterben zur Erfüllung des Urtheils Vermögensstücke bereits geleistet hat? und zweitens, was Rechtens sei, wenn die Theilung außergerichtlich durch Vergleich beider Theile bewirkt worden ist? Für den ersten Fall fällt die Entscheidung dahin aus, daß der alleinige Erbe das einmal Geleistete nicht wieder zurückfordern könne, quoniam ex causa iudicati solvit; denn der mögliche Einwand, daß ein Erbtheilungsurtheil, welches unter Anderen als unter Miterben ergangen ist, nichtig sei (quod non est iudicium familiae erciscundae, nisi inter coheredes acceptum? sed quamvis non sit iudicium, tamen) entscheide für diesen Fall nicht, da auch das aus einem nichtigen Judicate Geleistete nicht condicirt werden könne. Anders lautet die Entscheidung des Juristen für den zweiten Fall der durch Vergleich bewirkten Erbtheilung, indem er hier die Condiction deshalb zugesteht, weil non transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putaverit. Mehrerer Versuche, dieses „non transactum intelligitur“ zu erklären, gedenkt Risch a. a. O. §. 18, N. 8, S. 160 und N. 10, S. 164. Seine uns richtig scheinende Erklärung ist folgende. Es liegt in der Natur der Sache und ist auch in der vorliegenden Stelle anerkannt, daß eine Erbschaftstheilung nur unter Miterben stattfinden könne; geschieht sie unter Miterben, so kann dem wirklichen Erben dadurch nicht im mindesten präjudicirt werden. Allerdings erleidet diese Regel für den Fall der gerichtlichen Erbtheilung eine lediglich auf der Eigenthümlichkeit der res iudicata beruhende Modification, die aber eben deshalb auf die außergerichtliche Erbtheilung nicht anwendbar ist. (Die Eigenthümlichkeit des Judicates, daß das aus einem nichtigen Judicate Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, leidet nach der ausdrücklichen Bestimmung in L. 23. D. 12. 6. auf den Vergleich keine Anwendung. Vgl. noch Rudorff, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XIV, S. 347.) Hiernach ist ein Erbtheilungsvertrag eines Erben mit einem Nichterben ein Unding. Man könnte dagegen einwenden, daß der Vergleich über die Theilung der Erbmasse zugleich eine vergleichsweise Anerkennung des Erbrechtes des in der That nicht Erbberechtigten enthalte. Dies würde allerdings der Fall sein, wenn nicht in dem vorliegenden Falle der Irrthum des allein berechtigten Erben über das Erbrecht des Anderen diesen Willen ausschlösse. Wenn der Erstere vor Abschluß des Vergleiches das Erbrecht des Letzteren gerichtlich oder außergerichtlich bestritten hat und sein alleiniges Erbrecht behauptet, so würde unzweifelhaft jener Vergleich über die Erbtheilung zugleich stillschweigend einen Vergleich über die Erbberechtigung desselben enthalten; nun aber schloß jener Irrthum über das Erbrecht des Anderen einen

niß der objectiven Identität vorliegt, sei es nun, daß es klar am Tage liege oder daß ein Schein der Verschiedenheit der neuen Klage von der durch den früheren Vergleich beseitigten bestehe, sind: α) wenn sich der Vindicant mit dem Beklagten, welcher die vindicirte Sache besitzt, dahin vergleicht, seine Vindication gegen eine von dem Anderen zu leistende Abfindung aufzugeben, und er dennoch, obschon er auch die Abfindung erhalten hat, die frühere Vindication erneuert, so ist ohne Zweifel eadem res vorhanden und deshalb die Einrede des Vergleiches wirksam[167]; β) ebenso wenn Jemand einen Anspruch auf 1000 behauptet, der Gegner aber denselben leugnet und sie auf 500 übereinkommen, welche der Beklagte dem Kläger zahlen soll und will, der Kläger aber dennoch weitere 500 fordert, obwohl er auf sie in jenem Vergleiche verzichtet hatte, so ist unzweifelhaft eadem res vorhanden und deshalb die Einrede des Vergleiches gegen den neu erhobenen Anspruch von Wirkung[168]; γ) wenn Jemand sich mit seinem Geschäftsführer über den Gesammtanspruch aus dessen Geschäftsführung vergleicht und später dennoch einen einzelnen Anspruch aus derselben durch eine anders benannte Klage fordern will, so steht ihm mit Recht wegen der objectiven Identität der obschon ungleichartigen Klage mit dem früher vergleichsweise aufgegebenen Anspruche die Einrede der verglichenen Sache entgegen[169]; δ) wenn Jemand, der Erbe zu sein behauptet, sich mit dem Besitzer der Erbschaft gegen eine Abfindung dahin vergleicht, seine Erbschaftsklage aufzugeben und derselbe später eine einzelne Erbschaftssache vindicirt, indem er sein Eigenthum auf sein Erbrecht stützt, so ist in der That eadem res auch hier Gegenstand des früheren Vergleiches und der jetzigen Klage und deshalb die Einrede des Vergleiches wirksam[170]. bb) **Subjective Identität als Bedingung der Einwirkung eines früheren Vergleiches auf einen späteren Rechtsstreit.** Dritte Personen, welche an dem Vergleiche nicht Theil genommen haben, können im Allgemeinen den inter alios abgeschlossenen Vergleich weder zu ihrem Vortheil geltend machen, noch können sie andererseits durch denselben benachtheiligt werden. Dieses Princip ist, sowie es rücksichtlich des Urtheiles gilt, so auch bei dem Vergleiche geltend, wenn auch freilich aus verschiedenen Gründen[171]; die Quellen des römischen Rechtes

---

Vergleich über dasselbe, welcher ja immer entgegenstehende Behauptungen voraussetzt, geradezu aus. Dabei ist es ohne Einfluß, ob der Irrthum ein entschuldbarer war oder nicht: denn auch der unentschuldbare Irrthum hindert das, was nothwendig wäre, wenn der Erbtheilungsvergleich wirklich als Vergleich auch über die Erbberechtigung erscheinen sollte, nämlich den Willen auf Seiten des Irrenden, den Anderen als Miterben anzuerkennen.

167) L. 9. 15. 17. C. II. 4.

168) L. 24. 25. etc. C. II. 4.

169) L. 28. §. 4. D. 12. 2.

170) L. 27. §. 8. D. 3. 14.

171) Bei dem Urtheile ist es die Fiction der Wahrheit, welche unzweifelhaft nur diejenigen binden kann, welche um Erlangung derselben bemüht gewesen sind,

sprechen es speciell und ausdrücklich für den Vergleich aus[172]) und bewähren es durch eine Reihe von Beispielen[173]). Bei dem rechtskräftigen Urtheile wird dieses Princip nicht im allerstrengsten Sinne festgehalten, sondern es finden, wie in dem Artikel **Urtheil** erörtert worden ist, mehrere theils natürliche, theils künstliche Erweiterungen statt. Es ist nun zu untersuchen, ob diese natürlichen und künstlichen Erweiterungen auch bei dem Vergleiche eintreten. Zuvörderst muß auch bei dem Vergleiche als wichtigster Fall der natürlichen Erweiterung dieses Grundsatzes der Fall der Rechtsnachfolge, und zwar der Universalsuccession, nicht weniger aber auch der Singularsuccession anerkannt werden; der ersten, weil der Erbe den Erblasser in Bezug auf dessen vermögensrechtliche Verhältnisse vollständig repräsentirt, folglich auch in die Rechte und Verpflichtungen desselben aus einem abgeschlossenen Vergleiche eintritt; — aber auch der Fall der Singularsuccession gehört hierher, unter der Voraussetzung, daß der Auctor mit Bezug auf den Gegenstand der Succession unter solchen Umständen sich verglichen hatte, unter welchen überhaupt noch eine wirksame Verfügung darüber ihm zustand[174]). Eine fernere natürliche Erweiterung des Grundsatzes wird nothwendig für die giltige Stellvertretung (vergl. oben sub II. A. Nr. 2). Eine dritte natürliche Erweiterung der Wirkung des Vergleiches auf andere Personen, als die ursprünglichen Transigenten, ist anzuerkennen für das accessorische Verhältniß des Bürgen; der Vergleich des Hauptschuldners mit dem Gläubiger nutzt dem Bürgen, kann aber seine Lage nicht verschlechtern[175]). Es fragt sich, ob die natürliche Erweiterung der Wirkung der res iudicata, daß die exceptio rei iudicatae infolge eines freisprechenden Urtheils auch für und gegen die anderen correi wirke, auch bei dem Vergleiche stattfinde, sodaß die exceptio rei transactae auch für und gegen die an-

---

welche also regelmäßig auf Dritte keinen Einfluß äußern darf, die vielleicht mit ganz anderen Mitteln gestritten und darum möglicherweise auch einen ganz anderen Erfolg erzielt hätten. Bei dem Vergleiche hingegen ist es das Wesen des Vertrages, d. i. der Verpflichtung aus demselben, welche sich auf die Person der Paciscenten beschränkt. Eine absolute, ius inter omnes hervorbringende Kraft des Urtheils wäre zwar unerträglich, erschiene doch aber insofern berechtigt, als die Tendenz des Urtheils auf die Feststellung der Wahrheit des streitigen Rechtsverhältnisses gerichtet ist. Eine absolute Wirkung des Vergleiches, wo die Parteien, ohne sich um die Wahrheit des Verhältnisses zu kümmern, durch gegenseitiges Nachgeben ein streitiges Rechtsverhältniß feststellen, wäre geradezu widersinnig. Daraus folgt, daß die natürlichen und positiven Erweiterungen der Wirkung des rechtskräftigen Urtheils auch gegen Dritte nicht schon ohne Weiteres auf die Wirkung des Vergleiches zu übertragen sind, sofern sie nicht entweder aus der Natur des Vergleiches sich ergeben oder auch für ihn durch positive Vorschriften anerkannt sind.

172) L. 3. pr. D. 2. 15. Vgl. auch L. 27. §. 4. fin. D. 2. 14.

173) L. 3. pr. §. 2. D. 2. 15. Vgl. auch L. 29. §. 2. D. 5. 2., welche mit L. 3. pr. cit. ganz denselben Gedanken ausspricht. Ausführlicher beleuchtet diese Stellen **Risch** a. a. O. §. 21, N. 30, S. 193 flg.

174) L. 17. D. 2. 15.

175) L. 7. §. 1. D. 2. 15. L. 68. §. 2. D. 46. 1.

deren correi wirke? Die Meinungen der Juristen stimmen hier keineswegs überein. Savigny[176]) hat diese Erweiterung für den Vergleich, welchen er als ein aus theilweiser Erfüllung und theilweisem Erlaß zusammengesetztes Geschäft ansieht, insofern in Abrede gestellt, als er demselben nur, soweit er wirkliche Erfüllung enthält, für die anderen Correalschuldner und gegen die anderen Correalgläubiger Wirksamkeit einräumt. Hingegen Brinz[177]) betrachtet den Vergleich vom Standpunkte des Urtheiles, und hält denselben gleich der res iudicata in positiver Function für Alle bindend. Die Quellen enthalten keine ausdrückliche Bestimmung darüber[178]). Es wird daher mit Risch[179]) die Frage nur aus der Natur der Correalobligation einerseits und der Natur des Vergleiches andererseits entschieden werden können. Das Wesen der Correalobligation besteht nun gerade darin, daß alle Vorgänge in Ansehung derselben in der Regel einheitlich, d. h. für alle Subjecte gemeinsam wirken, welche Regel nur in den drei Fällen der confusio, der capitis deminutio und des pactum de non petendo Ausnahmen erleidet; das Wesen des Vergleiches besteht darin, daß an die Stelle der res dubia, gleichwie im Urtheil durch Ermittelung der Wahrheit, so hier durch gegenseitiges Nachgeben Rechtsgewißheit gesetzt wird. Hieraus scheint mit Risch gefolgert werden zu müssen, daß der Vergleich, welchen ein Correalgläubiger oder Correalschuldner über die Frage der Existenz der Correalschuld mit dem Gegner eingeht, auch gegen die anderen Correalgläubiger wirken und den anderen Correalschuldnern, wenn sie sich darauf berufen wollen, zu statten kommen müsse; davon ist nur in dem Falle eine Ausnahme zu machen, wenn der Vergleich nicht die objective Existenz der Correalobligation, sondern nur die subjective Beziehung des sich vergleichenden Correalschuldners derselben betraf[180]). — Was die

176) Savigny, Obligationenrecht Bd. 1, §. 18, Nr. 7, S. 179.

177) Brinz, kritische Blätter Nr. IV, S. 40 flg.

178) Donellus und Schweppe haben zwar, sich stützend auf L. 15. D. 27. 3. L. 1. C. II. 4., für den von dem einen correus geschlossenen Vergleich eine Wirkung in Bezug auch auf die anderen in Abrede gestellt. Allein diese Stellen handeln überall nicht von einer Correalobligation (una eademque obligatio), sondern von blos solidarischen Schuldverhältnissen, für welche es allerdings richtig ist, daß nur die Erfüllung des einen Solidarschuldners dem Anderen auch zu Gute komme.

179) Risch a. a. O. S. 196 flg.

180) Es ist darum Brinz beizupflichten, wenn er gegen Savigny geltend macht, daß derselbe den judicatlichen Charakter des Vergleiches nicht beachte. Der Vergleich ist nicht blos ein aus theilweiser Erfüllung und theilweisem Erlaß zusammengesetztes Geschäft, sondern er bezweckt auch (was sein primäres Wesen ist) Herstellung von Rechtsgewißheit in Ansehung einer res dubia. Ist nun die bestrittene Existenz der Correalobligation selbst, welche als una eademque obligatio erscheint, diese res dubia, so muß der hinsichtlich ihrer von dem einen oder anderen der correi abgeschlossene Vergleich gegen die anderen Correalgläubiger und für die anderen Correalschuldner ebenso wirken, wie das ergangene freisprechende Urtheil. Wie aber das einen Correalschuldner freisprechende Urtheil dann den Uebrigen nicht zu Gute kommt, wenn die Freisprechung nicht aus

positiven Erweiterungen der Wirkungen der res iudicata in Bezug auf dritte Personen betrifft, welche Erweiterungen sich alle auf den gemeinsamen Gesichtspunkt zurückführen lassen, daß der Fremde, auf welchen die Wirkung der Rechtskraft bezogen werden soll, durch eine der Parteien vertreten war [181]), so läßt sich, da solche auch bei dem Vergleiche stattfinden, nicht behaupten, vielmehr ist dies schlechterdings zu verneinen. Denn alle diese positiven Erweiterungen hängen mit der auf Ermittelung der materiellen Wahrheit des Streitverhältnisses gerichteten Natur des Urtheiles und mit dem Gesichtspunkte zusammen, daß der Fremde, auf welchen die Wirkung der Rechtskraft bezogen wird, durch eine der Parteien repräsentirt war. Die Natur des Vergleiches ist aber schon von Anfang an eine andere und es würde im schroffsten Widerspruche mit der Natur der Sache stehen, wenn man annehmen wollte, daß derjenige, welcher, ohne sich um die Ermittelung der Wahrheit des zweifelhaften Verhältnisses zu bemühen, freiwillig nachgiebt, hierbei materiell einen Fremden ohne dessen Zustimmung vertrete, daß also der von jenem geschlossene Vergleich den Rechten des Letzteren Eintrag thue. Dies erkennen auch die Quellen an, theils indirect, insofern sie keine jener positiven Erweiterungen auf den Vergleich übertragen, theils direct, insofern sie eine solche Uebertragung in einem der wichtigsten Fälle unter Berufung auf das hier maßgebende Princip geradezu verwerfen [182]). Nur eine Stelle scheint auch für den Vergleich eine solche positive Erweiterung zu bestimmen [183]), insofern nämlich durch den Vergleich, wel-

---

einem mit der objectiven Existenz der Correalobligation zusammenhängenden, sondern blos die subjective Beziehung des Beklagten zu der Correalschuld betreffenden Grunde erfolgt ist, z. B. wenn er durch ein pactum de non petendo aus dem Correalverbande ausgeschieden war; so können sich auch die anderen Correalschuldner nicht auf einen Vergleich berufen, welchen ihr angeblicher Mitschuldner mit dem gemeinschaftlichen Gläubiger darüber eingegangen ist, daß er in keinerlei Beziehung zur Correalobligation stehe; denn die res dubia ist hier nicht die objective Existenz der Correalobligation, sondern blos die subjective Beziehung des fraglichen Transigenten zu derselben.

181). Vgl. Savigny, System Bd. 6, S. 471 und den Artikel Urtheil Bd. XI, S. 863 flg.

182) Vgl. L. 3. pr. D. 2. 15. und L. 29. §. 2. D. 5. 2.

183) L. 14. D. 2. 15. von Scävola. Vgl. über diese Stelle Risch a. a. O. §. 21, N. 39, S. 199—201. Sie galt früher für eine der schwierigsten des im allgemeinen dunkel und undeutlich sich ausdrückenden Scävola, und Noodt, Lib. singul. de pact. et transact. cap. XXII. macht dem Juristen geradezu den Vorwurf, er habe die Jurisprudenz um reiner Liebedienerei willen gegen einen Freund verrathen, indem er hier von einem incertum successionis spreche, da doch der Testamentserbe angetreten habe und derselbe, so lange das Testament nicht für ungiltig erklärt sei, ebenso als certus und verus heres betrachtet werden müsse, wie dieses derselbe Scävola in L. 3. pr. D. 2. 15. mit Bezug auf den Erben aus dem Testamente, gegen welches die querela inoff. testam. erhoben worden war, behauptet habe. Der Stelle liegt folgender Rechtsfall zum Grunde. Der Intestaterbe tritt gegen den eingesetzten Erben mit der Behauptung der Nichtigkeit des Testamentes auf. Vor Beendigung des Rechtsstreites vergleichen sich beide Theile dahin, daß jeder einen Theil der Erbschaft erhält. Es fragt sich,

cher zwischen Testamentserben und Intestaterben in ihrem Streite über die Giltigkeit oder Ungiltigkeit des Testamentes eingegangen worden ist,

---

wie es nun mit den Erbschaftsschulden stehe, sei es, daß die Transigenten selbst zugleich Erbschaftsgläubiger sind oder daß Andere als Gläubiger Befriedigung fordern? Scävola antwortet: im ersten Falle entscheidet zunächst das etwa speciell darüber getroffene Uebereinkommen; besteht ein solches nicht, so sind hier, wie im zweiten Falle, die Erbtheile, welche jeder der Transigenten durch den Vergleich erhalten hat, insofern maßgebend, als die Erbschaftsgläubiger einen Jeden nach diesem Verhältnisse utiliter verklagen dürfen; „propter incertum successionis pro parte hereditaria, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est.“ Die Bedenken Noodt's gegen den Ausspruch des Scävola, der hier von einem überall nicht vorhandenen incertum successionis rede, erscheinen unbegründet. Noodt verkennt den Unterschied, welcher stattfindet zwischen der Anfechtung eines Testamentes mit der querela inoff. testam. und der Behauptung der Nichtigkeit desselben: im ersten Falle ist der eingesetzte Erbe wirklicher Erbe und hört erst mit rechtskräftiger Feststellung der Inofficiosität auf, es zu sein; im zweiten Falle hingegen handelt es sich nicht um ein bis zum Zeitpunkte des rechtskräftigen Urtheils rechtsgiltiges, sondern um ein schon vorher nichtiges Testament, aus welchem der eingesetzte Erbe gar nicht Erbe werden und wegen der scheinbaren Delation auch nur scheinbar erwerben konnte; es bestand hier von Anfang an in der That gesetzliche Erbfolge. Kommt nun in einem Falle der letzteren Art ein Vergleich zu Stande, so kann dies nicht dieselbe Bedeutung haben, wie im ersten Falle, wo das an sich giltige Testament giltig bleibt, weil auf die Querel für immer verzichtet worden ist; sondern es wird dadurch gesagt: es wird die zweifelhafte Frage, ob testamentarische oder Intestaterbfolge vorliege, selbst unentschieden gelassen (incertum successionis), die Parteien setzen an die Stelle der Wahrheit des Verhältnisses eine selbstgeschaffene Gewißheit (sie theilen die Erbschaft unter sich). Allerdings entsteht nun die Frage, ob diese willkürliche Privatverfügung den Rechten Dritter präjudiciren, insbesondre die Erbschaftsgläubiger nöthigen könne, jenen Vergleich auch für ihre Forderungen an die Erbschaft als maßgebend zu betrachten? Hätte Scävola dies wirklich ausgesprochen, so müßte hier allerdings eine positive Erweiterung der Wirkung des Vergleiches auch auf Dritte anerkannt werden. Allein durch die Fassung der Stelle ist man dazu nicht nur nicht genöthigt, sondern diese spricht vielmehr für folgende Auslegung: Jener Vergleich berührt zunächst Dritte, also auch die Gläubiger nicht; sie halten sich vielmehr an den wahren Schuldner, d. i. den eigentlichen Erben. Derselbe ist aber vor der Hand noch ungewiß und infolge jenes Vergleiches thun auch die Transigenten nichts zu dessen Ermittelung. Es bliebe also den betreffenden Erbschaftsgläubigern zunächst nur übrig, selbst den Beweis zu übernehmen, wer der wahre Erbe sei; im Falle des Gelingens dieses Beweises haftet ihnen der wahre Erbe direct und allein für alle Erbschaftsschulden, vorbehältlich seines Regresses an den anderen Transigenten. Ein solcher Beweis, daß blos der Testamentserbe oder blos der Intestaterbe der wahre Erbe und darum ihr wahrer Schuldner sei, kann bisweilen den Erbschaftsgläubigern sehr von Nutzen sein, wenn nämlich der andere zahlungsunfähig ist oder es doch voraussichtlich wird. Begreiflicher Weise kann aber für die Regel der Fälle den Gläubigern dieser Weg, zur Befriedigung ihrer Ansprüche zu kommen, nicht erwünscht sein; um sie also des vielleicht sehr schwierigen Beweises, wer der wahre Erbe sei, zu überheben, erscheint es natürlicher und billiger, das, was am Ende doch das letzte Resultat sein würde, zu anticipiren, nämlich die Regreßklage, welche jedem der Transigenten, wenn er als wahrer Erbe hätte leisten müssen, gegen den Anderen nach Verhältniß des diesem durch den Vergleich zugewiesenen Erbtheiles zustände, nunmehr sofort schon den Gläubigern als utilis actio zu verstatten, während die directa nur gegen den wahren Erben, der ja hier im Ungewissen bleibt, erhoben werden könnte.

auch die Erbschaftsgläubiger gebunden sein sollen, wenn infolge jenes Vergleiches die Erbschaftsmasse unter die Transigenten getheilt worden wäre. Allein die richtige Auslegung ergiebt, daß auch hierin keine Ausnahme von dem oben aufgestellten Grundsatz liege. 3) Anderweite (nichtjudicatmäßige) Wirkungen des Vergleiches. Insbesondre von der Pflicht zur Evictionsleistung. a) Der anderweite Inhalt des Vergleiches ist nach dem früher Bemerkten einer solchen Mannigfaltigkeit fähig, daß er in der That das ganze Gebiet des vermögensrechtlichen Vertrages ausfüllt. Beschränkt man sich für die jetzige Betrachtung auf die drei Grundformen der vertragsmäßigen Aenderungen im Vermögensrechte, wie sie L. 38. C. II. 4. ausgesprochen hat, ohne deren Combinationen mit einander zu berücksichtigen (also: dare, remittere, promittere), so ist der erste Fall, das dare eines Abfindungsgegenstandes, durch den Vergleich sehr einfach; dessen Wirkung ist, bei dem Dasein der sonstigen Voraussetzungen, Uebergang des Eigenthumes auf oder Entstehung des dinglichen Rechtes für den Abgefundenen, und für den Fall der späteren Eviction Anspruch auf Evictionsleistung gegenüber dem Abfindenden. Ebenso einfach ist der zweite Fall des Aufgebens von Ansprüchen, seien es dingliche oder persönliche, abfindungshalber. Schon bei den Römern konnte dies formlos geschehen, und es entstand daraus die exceptio pacti de non petendo des Abgefundenen gegen die Erneuerung des aufgegebenen Anspruches von Seiten des Abfindenden. War das Aufgeben durch Anwendung civilrechtlicher Formen (acceptilatio nach vorhergegangener novatio, wo letztere nothwendig war) bewerkstelligt worden, so wurde die Klage selbst zerstört, und es war deshalb die Vertheidigung des doch in Anspruch genommenen Abgefundenen keine wahre exceptio, sondern defensio (relative Verneinung). Für das heutige Recht hat dieser Gegensatz, wie er äußerlich nicht mehr erkennbar ist, so auch seine praktische Bedeutsamkeit verloren [184]). Der dritte Fall endlich, wo der Abfindung wegen vom Abfindenden Verbindlichkeiten gegen den Abgefundenen übernommen werden, bietet nur für das römische Recht einigermaßen Schwierigkeiten dar, insofern hier der bloße Consens nicht obligatorisch wirkte, sondern zur Begründung einer klagbaren Forderung für den Abgefundenen entweder verba oder res hinzukommen mußten. Für das heutige Recht giebt es aber weder eine actio ex stipulatu, noch eine actio praescriptis verbis mehr im eigentlichen römischen Sinne, sondern statt beider steht hier die einfache actio ex pacto zu, mit welcher der Abgefundene die vom abfindenden Transigenten versprochene Leistung einklagt. b) Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung kann, wie bei anderen Veräußerungsverträgen (Verkauf, Tausch), so auch bei dem Vergleiche unter Umständen zur Sprache kommen [185]). Es sind hierbei nach An-

184) Vgl. darüber Risch a. a. O. §. 21, N. 16, S. 183 flg.
185) Die positive Grundlage für die nachfolgenden Sätze bildet die L. 34. (in manchen Ausgaben 33.) C. II. 4.

leitung der in der Note angeführten Stelle zwei Fälle zu trennen. Der erste Fall ist, wo der zur Abfindung (sei es gleich unmittelbar im Vergleiche oder zur Erfüllung der durch den Vergleichsvertrag übernommenen Obligation) überlassene Vermögensgegenstand dem Abgefundenen entwährt wurde. Der zweite Fall ist, wo der Streitgegenstand selbst dem Abfindenden (sei nun dieses der Beklagte, zu dessen Vortheil der Kläger seine Ansprüche aufgegeben hatte, oder der Kläger, welchem der Beklagte hinsichtlich des Anspruches auf den Streitgegenstand selbst gewichen war) evincirt wurde. Was den ersten Fall anlangt, so ist die Analogie desselben mit dem Falle eines gewöhnlichen Tausches augenscheinlich, indem der Abgefundene seine ungewissen Ansprüche aufgiebt, oder dieselben geradezu auf den Abfindenden überträgt, um dafür den Abfindungsgegenstand in sein Vermögen einzutauschen; deshalb hat hier der Abgefundene stets einen Anspruch auf Ersatz wegen Entwährung und kann denselben durch die Vertragsklage selbst gegen den Abfindenden verfolgen. Im zweitem Falle, wo dem Abfindenden der Streitgegenstand selbst später von einem Dritten entwährt wird, verhält es sich ganz anders. Zwar scheint auf den ersten Blick auch hier die Billigkeit, wie im vorigen Falle, zu verlangen, daß dem Abfindenden, welcher ja auch (wie dort der Abgefundene) etwas aufopferte, von dem dadurch Bereicherten eine Entschädigung gewährt werde, wenn ihm ein Dritter später die Sache entreißt. Allein dieser Schein führt irre und verrückt die wahre Anschauung des Verhältnisses. Diese ist vielmehr folgende. Der Ausgangspunkt der Verbindlichkeit zur Evictionsleistung beruht darin, daß der eine Contrahent (Auctor) verpflichtet ist, dem anderen (Successor) das habere licere oder geradezu das Eigenthum (wie beim Tausche und Vergleiche) zu gewähren. Dieser Fall liegt nun in der That dann vor, wenn der eine Transigent den anderen für das Aufgeben seiner zweifelhaften Ansprüche durch Leistung irgend eines Vermögensgegenstandes abzufinden versprochen hat; er liegt aber nicht vor, wenn der eine Transigent blos von seinen bisherigen Ansprüchen an dem nunmehr dem andern evincirten Vermögensgegenstande abzustehen, also nur das im Uebrigen noch dahin gestellte Recht des Anderen von der bisher durch ihn geschehenen Bestreitung frei zu machen versprochen hat. Er tritt daher zum Anderen durchaus nicht in das, eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung begründende Verhältniß eines Auctor zum Successor und wird deshalb auch von der Verbindlichkeit selbst nicht getroffen. Der Abfindende kann in einem solchen Falle nicht einmal die dem Anderen früher gegebene Abfindung zurückfordern, da es an den Voraussetzungen einer condictio causa data causa non secuta, welche nur dann vorhanden wären, wenn der Andere seine aufgegebenen Ansprüche erneuerte, hier gänzlich fehlt.

E. Aufhebungsgründe des Vergleiches. 1) Im allgemeinen. Es bleibt noch übrig, die Momente zu erörtern, welche geeignet sind, den zu Stande gekommenen Vergleich (gegenüber dem

von Anfang an in seiner Entstehung gehinderten) wieder aufzuheben und die ihm sonst zukommenden Wirkungen zu vereiteln. Diese Aufhebungsgründe sind fast durchaus keine specifischen des Vergleiches, sondern ihm mit anderen Verträgen gemeinsam. Es sind daher diese nicht jeder einzeln ausführlich zu erörtern, sondern es sind einerseits nur die an sich wichtigeren derselben hier zu erwähnen, und andererseits nur jene unter den hier erwähnten ausführlicher zu betrachten, welche dies entweder wegen ihrer Schwierigkeit oder deshalb, weil sehr darüber gestritten worden ist, nothwendig machen. Hiernach ist im Folgenden zu betrachten: a) die Aufhebung des Vergleiches durch beiderseitige Einwilligung, wobei zugleich die Frage zu berühren ist, ob das römische ius poenitendi bei Vergleichen, insofern sie als Innominatcontracte erschienen, anwendbar gewesen sei; b) die Anfechtung des Vergleiches wegen geübten Zwanges oder Betruges; c) die Frage, ob ein an sich zu Stande gekommener Vergleich wegen Irrthumes des einen oder anderen oder beider Transigenten angefochten werden könne? d) die Streitfrage, ob ein Vergleich wegen enormer Läsion angefochten werden könne? 2) Aufhebung des Vergleiches durch beiderseitige Einwilligung. Zuvörderst fragt es sich, ob es denn nicht auch Sache Eines Willens sein könne, einen zu Stande gekommenen Vergleich auch gegen den Willen des anderen Theiles aufzuheben? Für das heutige Recht muß diese Frage unbedenklich verneint werden; denn selbst im Falle einer beigefügten lex commissoria bleibt das aus der Natur des Vertrages abgeleitete Princip, daß das Resultat des übereinstimmenden Willens nicht willkürlich durch einen einseitigen Willen aufgehoben werden könne, gewahrt. Denn wenn es auch in diesem Falle in der Willkür des einen Transigenten steht, ob er bei dem Vergleiche beharren wolle oder nicht, so ist doch diese Willkür nicht ungerechtfertigt; sie ist gerechtfertigt durch den übereinstimmenden Vertragswillen der beiden Theile, welcher derselben diesen Erfolg erst beigelegt hat, sodaß also die Aufhebung des Vergleiches in einem solchen Falle zuletzt immer auf den Vertragswillen, als den ursprünglichen Ausgangspunkt, zurückzuführen ist. Zweifelhaft könnte die Antwort nur für das römische Recht werden, insofern man dabei an Vergleiche denkt, welche in der Gestalt der Innominatcontracte eingegangen waren, bei welchen das sog. ius poenitendi galt. Die herrschende Ansicht hat aber von jeher die Anwendung des Reurechtes auch schon für das römische Recht verneint[186]; für das heutige Recht, welchem die eigenthümlich römische

---

186) Man beruft sich dabei namentlich auf die Aussprüche der Kaiser, wo gesagt wird, daß der einmal bona fide zu Stande gekommene Vergleich nicht einseitig aufgelöst werden könne (L. 5. 10. C. II. 4.), besonders auf L. 39. C. II. 4. Ueber die Bedenken, welche dagegen erhoben werden könnten, und deren Widerlegung vgl. Risch a. a. O. §. 24, N. 2, S. 207 flg. Es bedarf einer weiteren Erörterung hierüber nicht, da das heutige Recht, wie im Texte bemerkt ist, abweicht.

Theorie der Innominatcontracte fremd geblieben ist, läßt sich die Frage von Anfang an nicht mehr aufwerfen. Zu unterscheiden von dieser Frage des einseitigen willkürlichen Rücktrittes ist die andere, ob denn nicht wenigstens dann, wenn ein Theil dem Vergleiche zuwiderhandele, der andere Theil von dem ganzen Geschäfte zurückzutreten berechtigt sei? Diese Frage ist zu verneinen; die Zuwiderhandlung des einen Theiles gegen den Vergleich kann den anderen Theil nur zu einer Klage auf gehörige Erfüllung des Vergleiches berechtigen[187]). Wenn jedoch die Verletzung des Vergleiches von der einen Seite ihren unzweideutigen Willen erkennen läßt, von dem Vergleiche ganz zurückzutreten, wenn sie also insbesondre in der Erneuerung der durch den früheren Vergleich aufgegebenen Klage besteht, so hat der andere Theil allerdings die Wahl, ob er an dem früheren Vergleiche festhalten und demgemäß die im Widerspruche mit dem früheren Vergleiche erhobene Klage mit der Einrede der verglichenen Sache zurückweisen, oder ob er auch von seiner Seite den Vergleich als aufgelöst betrachten und die von ihm bereits geleistete Abfindung zurückfordern wolle[188]); man hat dies als eine Aufhebung des Vergleiches durch beiderseitige Einwilligung anzusehen, deren Möglichkeit sowohl in der Natur der Sache liegt, als auch in den Quellen ausdrücklich anerkannt wird[189]). — Es entsteht ferner die Frage, ob die

---

187) L. 36. C. II. 4. Der Sinn dieser Stelle ist zwar etwas dunkel; allein die richtige Auslegung derselben, wie sie auch Donellus ad h. l. giebt, führt zu dem Resultate, daß, auch wenn der Gegner, welcher wegen des durch nuda conventio eingegangenen Vergleiches nicht durch eine eigene Klage zur Leistung der versprochenen Abfindung gezwungen werden kann, die Leistung derselben anfänglich weigert und den klägerischen Transigenten dadurch in die Lage versetzt, von seiner alten Klage wieder Gebrauch zu machen, es gleichwohl die Billigkeit fordere, dem Beklagten, wenn er nur jetzt bereit ist, sein Versprechen zu erfüllen, den Gebrauch der aus jenem pactum ihm erwachsenen exceptio pacti gegen die Klage des Anderen zu verstatten. Ist dem so, so ist eine um so nothwendigere Folge, daß nicht eine andere, geringfügigere Zuwiderhandlung gegen den Vergleich von einer Seite den anderen Theil zum Rücktritte von demselben, sondern höchstens zu einer Klage auf das aus der Verletzung für ihn erwachsene Interesse berechtigen könne. Vgl. Glück, Erläut. der Pand. Bd. 5, S. 74 flg. Risch a. a. O. §. 24, N. 3, S. 209. Ersterer führt in Note 10, S. 74 auch Juristen von abweichender Ansicht an.

188) L. 23. §. 3. D. 12. 6. L. 14. 40. C. II. 4.

189) L. 14. 40. C. II. 4. Ueber letztere Stelle vgl. Risch a. a. O. §. 24, N. 5, S. 210. Der Sinn dieses dunkel geschriebenen Rescriptes ist wohl folgender. Der zwischen dem Kläger und Beklagten abgeschlossene Vergleich wurde von Seiten des Ersteren nicht nur durch Acceptilation seines Klaganspruches, sondern außerdem noch durch das Versprechen einer Strafe für den Fall bestärkt, daß er später dennoch die zerstörte Klage wieder erheben wolle. Nun will wirklich der Kläger vom Vergleiche zurücktreten: die Kaiser rescribiren, er könne dies überall nur unter der Voraussetzung der Zustimmung des Gegners (si adversarius hoc maluerit), und auch in diesem Falle werde noch weiter vorausgesetzt, daß er alles bereits aus dem Vergleiche Empfangene zurückgebe sowie die verabredete Conventionalstrafe entrichte, vorher könne er die einmal zerstörte Klage nicht wieder anstellen.

einfache, formlos erklärte beiderseitige Einwilligung zur Herstellung des Zustandes der Dinge, wie er vor dem Vergleiche war, genüge, oder ob noch mehr dazu vorausgesetzt werde? Für das heutige Recht, nach welchem mit beliebiger Freiheit vollkommen wirksame Verträge obligatorischen und liberatorischen Inhaltes durch formlos erklärte Willensübereinstimmung geschlossen werden können, läßt sich die Frage leicht beantworten; sie ist zu bejahen, nur muß selbstverständlich, wenn von der einen oder anderen Seite aus dem Vergleiche etwas geleistet worden ist, noch die Restitution des Geleisteten hinzutreten, welche aber nicht als Bedingung der Aufhebung des Vergleiches, sondern nur als Folge der Aufhebung desselben durch beiderseitige Einwilligung anzusehen ist. Im römischen Rechte ist die Sache verwickelter, da hier dem nudus consensus keinesweges vollkommene, insbesondre für die Regel der Fälle keine obligatorische Wirksamkeit zukam. Die obige Frage ist für das römische Recht mit Unterscheidung folgender Fälle zu beantworten. Erstens: War der Vergleich durch nudum pactum perfect geworden, so war auch seine Wiederaufhebung durch ein entgegengesetztes pactum möglich, z. B. das beiderseitige pactum de non petendo wurde durch ein beiderseitiges pactum de petendo wieder aufgehoben. Zweitens: Dasselbe gilt für den Fall, wo der Vergleich durch ein pactum de non petendo mit Bezug auf den zweifelhaften Rechtsanspruch und durch eine noch nicht erfüllte stipulatio und promissio hinsichtlich der Abfindungsleistung eingegangen war; denn das entgegengesetzte pactum befreite einerseits die gehemmte Klage von dem Hinderniß und bewirkte andererseits eine wirksame Einrede gegen die Klage aus der Stipulation. Drittens: Hingegen in allen übrigen Fällen, sei es, daß durch den Vergleich die alte Klage ipso iure zerstört oder daß vergleichshalber von der einen oder anderen Seite schon geleistet war, konnte die Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor dem Vergleiche war, durch nuda conventio rechtlich nicht bewerkstelligt werden, sondern es mußten solchenfalls entweder verba oder res zur Herbeiführung dieses Resultates mitwirken [190]). 3) **Aufhebung des Vergleiches wegen Betruges oder Zwanges.** Wenn auch die Quellen aussprechen, daß einmal zu Stande gekommene Vergleiche nicht einseitig wieder aufgehoben werden können („transactiones

---

190) Denn die einmal vom Kläger vernichtete Klage kann ebensowenig durch ein nudum pactum wieder aufleben, als durch das letztere eine wirksame Forderung auf Zurückgabe der geleisteten Abfindung hervorgebracht werden kann. Hierdurch erklärt sich, warum es sowohl in L. 14. C. II. 4. heißt: refusa pecunia, als auch weshalb in L. 40. C. II. 4. verlangt wird: poena una cum his, quae data probantur, ante cognitionem causae inferenda. Denn durch die Zurückgabe der ihm gegebenen Abfindung, bezüglich durch Entrichtung der auf diesen Fall versprochenen Strafe (also re) erwarb der Kläger, welcher seine frühere Klage ipso iure zerstört hatte, einen neuen klagbaren Anspruch darauf, das alte Streitverhältniß wieder erneuern zu dürfen, welchen Anspruch er aus dem, gegenüber der acceptilatio der alten Klage unwirksamen pactum nudum nicht erwerben konnte.

non esse rescindendas“), so ist doch dabei immer der ausdrückliche oder stillschweigende Vorbehalt gemacht, daß bei der Eingehung weder durch Betrug, noch durch Gewalt und Drohung auf den Willen des einen oder anderen Transigenten eingewirkt worden ist (transactiones bona fide interpositas non esse rescindendas). Die Art und Weise, in welcher solche unsittliche Einwirkungen auf den Willen eines Anderen im Rechte berücksichtigt werden (daß nämlich die Handlung nicht von Anfang an für nichtig erklärt, wohl aber dem Benachtheiligten das Recht zu einer Gegenwirkung, sei es in der Form einer Klage oder Einrede oder auch bisweilen der Restitution, gewährt wird), ist bereits an einem anderen Orte dieses Werkes im allgemeinen angegeben worden[191]). Was insbesondre a) die Anfechtung des Vergleiches wegen von dem anderen Transigenten geübten Betruges betrifft, so ist zwischen römischem und heutigem Rechte zu unterscheiden. Bleiben wir zuvörderst bei dem römischen Rechte stehen, so kam es darauf an, ob infolge eines durch Betrug des Anderen bewirkten Vergleiches der Betrogene selbst etwas versprochen oder einen Gegenstand bereits in das Vermögen des Anderen übertragen oder endlich einen Anspruch aufgegeben hatte. Im ersten Falle setzte der Betrogene der Klage auf Erfüllung die exceptio doli (specialis) entgegen. Im zweiten Falle forderte er das Geleistete mit der condictio ob turpem causam zurück[192]). Im dritten Falle kam es wieder darauf an, ob das Aufgeben nur durch ein pactum de non petendo bewirkt worden war — dann erneuerte der Betrogene einfach die nach strengem Rechte noch bestehende Klage und machte die entgegengesetzte exceptio pacti durch die replicatio doli unwirksam[193]) — oder ob die Klage durch Anwendung der civilrechtlichen Formen ipso iure vernichtet worden war — dann hat der Betrogene zur Anfechtung des Vergleiches kein anderes Rechtsmittel, als die doli actio[194]). Für das heutige Recht wird die Sache insofern einfacher, als dieser zuletzt gedachte Unterschied nicht mehr gilt, sondern der Kläger die aufgegebene Klage einfach erneuert und die etwa entgegengesetzte Einrede des Vergleiches durch die Replik des Betruges entkräftet. Für die zwei zuerst genannten Fälle bleibt es bei den Grundsätzen des römischen Rechtes. Was b) die Anfechtung des Vergleiches wegen stattgehabter Gewalt oder Drohung betrifft, so kommen hier im wesentlichen dieselben Grundsätze zur Sprache, welche oben für den durch Betrug eines Anderen herbeigeführten Vergleich entwickelt worden sind. Nur ein wichtiger Unterschied ist hier zu bemerken, welcher die im Falle einer stattgefundenen Gewalt erweiterte Möglichkeit der Anfechtung des Geschäftes betrifft. Während

191) Vgl. den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 214 flg., 216 flg.
192) L. 65. §. 1. D. 12. 6.
193) Vgl. L. 9. §. 2. D. 2. 15. L. 19. C. II. 4.
194) L. 4. 19. C. II. 4.

nämlich nur der dolus des gegenüberstehenden Transigenten zur Anfechtung des Vergleiches berechtigt, und also in dem Falle, wo der Betrug von einem Dritten verschuldet worden ist, nur etwa eine actio doli gegen diesen stattfindet, kommt diese Beschränkung der Anfechtung bei einem unter Einwirkung von Zwang eingegangenen Geschäfte in Wegfall; die Möglichkeit der Gegenwirkung gegen dasselbe ist hier eine absolute und findet nicht blos dem Zwingenden gegenüber statt[195]). Die bei jeglichem Rechtsgeschäfte, welches durch Zwang veranlaßt worden ist, zu dessen Anfechtung erforderliche Voraussetzung, daß die durch Drohung veranlaßte Furcht keine eitle, unbegründete sein müsse, daß die Drohungen ein bedeutendes Uebel besorgen lassen müssen[196]), müssen auch bei der Anfechtung eines Vergleiches aus diesem Grunde vorhanden sein. 4) Anfechtung des Vergleiches wegen Irrthums. Bereits früher (vgl. sub II. C. nr. 4) ist vom Irrthum als Hinderniß der Eingehung eines Vergleiches die Rede gewesen. Es ist dort nach dem Vorgange von Savigny zwischen dem echten und unechten Irrthum unterschieden und der Einfluß des unechten Irrthums bei Vergleichen bereits betrachtet worden. Es bleibt nur noch übrig, die Bedeutung des echten Irrthums (d. i. desjenigen, welcher den Willen nicht ausschließt, sondern nur das Motiv desselben als mangelhaft erscheinen läßt) für den Vergleich näher zu betrachten. Dieser Punkt ist von jeher einer der am meisten bestrittenen gewesen und bis auf den heutigen Tag einer der dunkelsten in der Lehre vom Vergleiche geblieben. Risch hat das Verdienst, auch in dieser Beziehung sowie in vielen anderen, in dieser Lehre durch seine Untersuchungen die Sache wesentlich gefördert zu haben[197]). Wir schließen uns im ganzen an seine Erörterungen an. Wenn Jemand, welcher irrthümlich etwas schuldig zu sein glaubt, dem vermeintlichen Gläubiger dieses leistet und dieser es in gutem Glauben annimmt und später der Zahlende den Irrthum entdeckt, so steht ihm das Recht der Zurückforderung des Gezahlten mit der condictio indebiti zu. Diesem Falle könnte man als gleichartig folgende an die Seite zu stellen versucht sein. Erster Fall: Wenn A. als Erbe des C. von B. als Erben des D. 1000 fordert, von welchen B. behauptet, daß schon sein Erblasser sie zurückgezahlt habe; wenn ferner B. wegen jetzt mangelnder Beweismittel für die geschehene Zahlung sich zu einem Vergleiche mit A. entschließt, infolge dessen er 600 zahlt; wenn sich nun endlich nach geschlossenem und vielleicht auch erfülltem Vergleiche eine Quittung über den Empfang der 1000 von Seiten des ursprünglichen Gläubigers C. vorfindet, so scheint es die Billigkeit und die Analogie des obigen Falles zu verlangen, daß dem B. nunmehr die condictio

195) Vgl. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 19, S. 375. Einschlagende Stellen sind L. 9. §. 1. 8. L. 10. pr. L. 14. §. 3. 5. D. 4. 2.

196) Vgl. den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 215.

197) Vgl. Risch a. a. O. §. 26, S. 215 flg.

indebiti mit Bezug auf die gezahlten 600 zustehe. Denn nach der aufgefundenen Quittung bestand eine Schuldverbindlichkeit des B. in der That nicht mehr; da er nun doch, ohne schuldig zu sein, noch 600 geleistet hat, so hat er ein indebitum geleistet, was er nach allgemeinen Grundsätzen zurückfordern kann. Zweiter Fall: Wenn A., welcher dem nunmehr verstorbenen C. ohne Schuldschein 1000 dargeliehen hatte, gegen den Erben B. klagt und dieser die Schuld seines Erblassers in Abrede stellt; wenn nun A. in Ermangelung ausreichenden Beweises, um nicht den Proceß zu verlieren, sich zu einem Vergleiche mit B. entschließt und in dessen Folge sich mit 400 zufrieden erklärt; wenn endlich A. plötzlich zwei unverdächtige Zeugen auffindet, welche eidlich die geschehene Auszahlung jenes Darlehens an C. bestätigen, so möchte es scheinen, als könne der Gläubiger A., welcher ja keine Liberalität gegen C. üben wollte, sondern aus einem anderen, in der That nicht vorhandenen Grunde, also grundlos (sine causa) dem B. jenen Nachlaß von 600 bewilligte, das in der That Geschuldete, soweit er es noch nicht hat, einklagen, also den Rest von 600, welche sonst eine grundlose Bereicherung des B. bilden würden. Allein bei genauerer Prüfung erweist sich ein derartiges Raisonnement als grundlos, indem die eigentliche Natur des Vergleiches dabei völlig verkannt werden würde. Was den ersten Fall betrifft, so ist es unrichtig, daß die dem A. geleisteten 600 sich als indebitum (sine causa) bei demselben befinden; vielmehr besteht allerdings eine juristische causa, nicht als irrthümliche, sondern als wirklich vorhandene; sie ist aber nicht eine in der Vergangenheit ruhende (causa praeterita), sondern eine in dem gegenwärtigen Vergleichsgeschäfte gegebene (transactionis causa)[198]), insofern sich eben der Beklagte, um nicht die Gefahr des ungewissen Ausganges des Processes zu laufen, freiwillig und absichtlich ein gewisses, dafür aber auch geringeres Opfer brachte. So wenig er nun, wenn er es auf einen Proceß hätte ankommen lassen und auf die ganze Summe verurtheilt worden wäre, das Urtheil hätte anfechten dürfen auf Grund der später aufgefundenen, die Zahlung der Schuld beweisenden Urkunde[199]), ebensowenig und noch

198) L. 65. §. 1. D. 12. 6.: Et quidem, quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur; nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse.

199) Es ist hier das consequente römische Recht in's Auge gefaßt, welches keine Restitution contra rem iudicatam ex capite instrumentorum noviter repertorum regelmäßig zuließ, sondern mit Strenge daran festhielt: post rem iudicatam nihil amplius quaeri, quam an iudicatam sit. Die Ausnahme, welche z. B. in L. 31. D. 12. 2. enthalten ist, hat allerdings hier keine Berücksichtigung gefunden; sie ist aber auch keine Ausnahme von dem gedachten Princip, indem es sich hier um Restitution gegen einen richterlichen Eid auf Grund neu aufgefundener Beweismittel handelt, während hinsichtlich des deferirten Eides diese Restitution nach den klaren Worten der angeführten Stelle nicht stattfindet, was auf den Fall des Vergleiches zurückzuschließen berechtigt; denn „iusiurandum speciem transactionis continet.“ L. 2. D. 12. 2.

viel weniger kann er jetzt den aus freiem Antriebe geschlossenen und nicht auf die Ermittelung der Wahrheit des Verhältnisses gerichteten Vergleich wegen eines stattgehabten Irrthums über die Erweislichkeit seiner Einrede der Zahlung, welcher Irrthum durch die später aufgefundene Quittung an den Tag gekommen sei, anfechten wollen. Das Ganze kurz zusammengefaßt ist zu sagen: der Beklagte B. befand sich in einem echten Irrthum; es war dieses aber kein Irrthum über die juristische causa seiner Leistung, vielmehr ist diese, die transactionis causa, eine wirklich bestehende; es kann folglich eine Zurückforderung des Vergleiches halber Gegebenen, als eines sine causa Geleisteten, nicht stattfinden. Was den zweiten Fall anlangt, so sind hier die Erwägungen ganz dieselben, wie sie eben für den ersten Fall dargestellt worden sind. Der Kläger, welcher, wenn er auch aus Irrthum seine Forderung für nicht erweisbar hielt und deshalb einen Vergleich einging, in welchem er dem Beklagten einen Nachlaß bewilligte, kann nun nach Auffindung von Beweismitteln und nach Entdeckung seines früheren Irrthumes nicht behaupten, daß der dem Beklagten bewilligte Nachlaß eine grundlose Bereicherung auf seine Kosten bilde. Es war allerdings vollkommen ausreichender Grund zu jenem Nachlaß vorhanden, nämlich die Vermeidung der richterlichen Entscheidung jenes Rechtsstreites, welche ja in einer völligen Freisprechung des Beklagten hätte bestehen können. So wenig der Kläger gegen diese etwas hätte machen können, ebensowenig und noch weniger kann er es gegen den, das Urtheil surrogirenden, freiwillig eingegangenen Vergleich, kraft dessen jeder Theil gegen ein selbstübernommenes geringeres Nachgeben die Gefahr völliger Sachfälligkeit für immer beseitigte. Faßt man das bisher an Beispielen Gezeigte in ein Princip zusammen, so lautet dasselbe also: Soweit der übereinstimmende Vergleichswille reicht und darum ein Vergleich überhaupt zu Stande gekommen ist, läßt sich der bona fide eingegangene Vergleich aus dem Grunde irrthümlicher Voraussetzungen bei dessen Eingehung ebensowenig, ja noch viel weniger anfechten, als ein rechtskräftiges Urtheil aus dem Grunde eines bei dessen Erlassung vorhandenen, später aber entdeckten Irrthumes. Als Bestätigungen dieses Principes sind vorerst jene Quellenaussprüche zu betrachten, welche die Urtheilsnatur des Vergleiches anerkennen, nämlich dessen Kraft, die frühere Zweifelhaftigkeit des Verhältnisses für immer zu beseitigen, indem daraus nothwendig folgt, daß, nachdem einmal der Vergleich die Ungewißheit beseitigt hat, Ereignisse, welche die Wahrheit des verglichenen Verhältnisses aufklären könnten, so wenig zur Anfechtung des Vergleiches, als des rechtskräftigen Urtheiles gebraucht werden können [200]). Dann giebt es eine ganze Reihe von Quellenaussprüchen, welche das aufgestellte Princip entweder geradezu aussprechen oder doch Rechtsfälle durchaus im Geiste desselben entscheiden. Es gehören hierher folgende Quellenaussprüche: a) wenn Jemand

200) L. 10. 16. 20. C. II. 4.

aus entschuldbarem Irrthume (errore facti) einem Anderen etwas schuldig zu sein vermeint und ihm diese Nichtschuld entweder wirklich leistet oder zu leisten verspricht; so hat er im ersten Falle eine condictio indebiti soluti, im zweiten eine condictio indebiti promissi; hat er aber Vergleichs halber geleistet oder promittirt, so ist von einer solchen Condiction überall keine Rede[201]; b) wenn Jemand, weil er seinen Anspruch erweisen zu können zweifelt, sich zu einem Vergleiche entschließt, so kann er im Falle späterer Entdeckung solcher Beweismittel, wie er sie irrthümlich für nicht vorhanden gehalten hatte, den vom Gegner bona fide abgeschlossenen Vergleich nicht aus dem Grunde der später entdeckten Beweismittel anfechten[202]; c) wenn Jemand, obwohl von der völligen Grundlosigkeit des klägerischen gegen ihn geltend gemachten Anspruches überzeugt, doch zur Vermeidung des sonst unvermeidlichen Processes sich zu einem Vergleiche entschließt, so kann er später das aus diesem Vergleiche Geleistete niemals als indebitum solutum zurückfordern, wenn er auch die Grundlosigkeit des damals gegen ihn erhobenen Anspruches vollständig nachweisen könnte[203]; d) wenn Jemand, welcher als Erbe eingesetzt ist, fürchtet, daß ein Anderer das Testament anfechten werde und deshalb einen Vergleich mit ihm eingeht, so kann er, auch wenn sich seine Befürchtung später als unbegründet herausstellt, doch das aus dem Vergleiche Gezahlte nicht zurückfordern, bezüglich die Leistung des Vergleiches halber Versprochenen nicht verweigern[204]; e) entsteht bei dem Tode des Fiduciar zwischen dem Erben desselben und dem Fideicommissar Streit über die Größe der zu restituirenden Erbschaft und wird dieser Streit durch einen Vergleich beigelegt, so kann es zur Anfechtung dieses Vergleiches nicht berechtigen, wenn sich auch nachher ergeben sollte, daß die Erbschaft um das Vierfache mehr betrug, als was der Fideicommissar durch den Vergleich erhalten hatte[205]; f) wenn Jemand als Erbe von den Gläubigern des Erblassers belangt wird und mit diesen hinsichtlich ihrer Ansprüche einen Vergleich eingeht, später aber sich ergiebt, daß er gar nicht Erbe sei, folglich auch nie etwas als solcher geschuldet habe, so kann er doch das aus dem Vergleiche Gezahlte nicht als indebitum solutum zurückfordern, auch nicht die Leistung des Vergleiches halber Versprochenen als eines indebitum promissum ver-

---

201) L. 6. 7. C. I. 18. Die zweite Stelle ist bisher immer von der richterlichen Entscheidung verstanden worden, welche nicht wegen eines später entdeckten Irrthums angefochten werden könne. Man muß aber die Stelle mit Risch a. a. O. §. 26, N. 5, S. 219 vielmehr von einem Vergleiche verstehen; dafür spricht einmal, daß der Ausdruck decidere für transigere in den Stellen des Codextitels de transactionibus (z. B. L. 19. 23. 33.) gebraucht wird und dann, daß die Stelle unmittelbar auf die vom Falle des Vergleiches handelnde L. 6. C. I. 18. folgt.

202) L. 19. C. II. 4.

203) L. 65. §. 1. D. 12. 6.

204) L. 2. C. II. 4.

205) L. 78. §. 16. D. 36. 1.

weigern[206]). — Die Untersuchung der Frage, ob und welche **Ausnahmen** von dem aufgestellten Princip in den Quellen vorkommen, bestätigt das Princip nur noch mehr, indem sich als wahre Ausnahme nur eine einzige anerkannt findet[207]), aber nicht als Ausnahme hingestellt, sondern dieselbe auch bei dem Urbild der modi litis finiendae, der res iudicata wiederkehrend[208]). Der Ausnahmsfall selbst ist folgender. Ist auf falsche Urkunden hin, ohne daß der eine oder andere Theil die Fälschung oder Verfälschung selbst vorgenommen oder auch nur darum gewußt hat (denn hier würde Anfechtung wegen dolus des Gegners zulässig sein) ein Vergleich zu Stande gekommen, so könnte es nach der Regel der Kraft des Vergleiches nicht schaden, wenn später die Unechtheit derselben sich ergäbe, indem an sich dieser Fall für den durch die ignorantia falsi in Schaden gekommenen Transigenten ganz gleichartig zu betrachten wäre mit dem Falle, wo er sein Recht irrthümlich für nicht erweisbar hielt. Ein wesentlicher Unterschied besteht aber doch, und zwar darin, daß die Sicherheit des Rechtsverkehres es verlangt, Mittel zu bieten, um den für Jemanden aus einer so höchst gefährlichen Verfälschung der Wahrheit etwa entstehenden Nachtheilen (auch wenn die Verfälschung nicht vom Gegner herrührt) entgegenzutreten. Dieses rechtspolitische Motiv hat nun die von der Regel abweichende Bestimmung veranlaßt, daß Urtheile, wie Rechtsgeschäfte, wenn und soweit sie auf solchen falschen Beweisstücken beruhen, von dem dadurch Benachtheiligten angefochten werden dürfen; dieser Bestimmung ist dann die in der Natur der Sache liegende Modification beigefügt, daß diese Anfechtung dann wegfallen müsse, wenn die Frage über Echtheit oder Unechtheit selbst unter den Parteien vergleichsmäßig beigelegt worden wäre. Mit diesem Falle wird gewöhnlich noch der zusammengestellt, wenn bei dem Vergleiche ein Rechnungsirrthum vorgekommen ist, mit Berufung auf die bekannte Codexstelle über den Rechnungsirrthum[209]). Wenn es aber richtig wäre, daß wegen eines Rechnungsfehlers ein geschlossener Vergleich umgestoßen werden könnte (vorausgesetzt, daß nicht gerade über die Frage, ob ein solcher Fehler begangen sei, transigirt worden wäre), so müßte jedenfalls für das Urtheil, sofern dabei ein Rechnungsfehler vorgekommen wäre, dasselbe gelten. Nun ist aber für das Urtheil hier ausdrücklich bestimmt, daß dasselbe nicht ungiltig werde, sondern nur der offenbare Rechnungsverstoß verbessert werden könne, sei es von demselben oder von einem anderen Richter[210]). Dasselbe gilt nun auch vom Vergleiche, wenn hierbei ein Rechnungsfehler vorgekommen ist, d. h. der

---

206) L. 23. C. II. 4.
207) L. 42. C. II. 4.
208) Vgl. den Titel des Codex: si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum sit. (VII. 58.)
209) L. un. C. II. 5.
210) L. 1. §. 1. D. 49. 8. Vergl. **Savigny**, System Bd. 6, S. 381—383.

Vergleich wird aufrecht erhalten, aber der Rechnungsfehler verbessert. — Diese von Risch entwickelte Theorie über die Auffassung und Behandlung des Irrthumes bei Vergleichen scheint uns nur die allein richtige zu sein. Sie geht von der Unterscheidung des unechten (den Willen oder die Willensübereinstimmung hindernden) und des echten (nur einen Mangel im Motiv des wirklich vorhandenen Willens begründenden) Irrthumes aus, hält an der Urtheilsnatur des Vergleiches fest und gelangt so zu dem Resultate, daß nur jener erstere Irrthum das Zustandekommen des Vergleiches von Anfang an hindere und daß hingegen der letztere in der Regel (abgesehen von dem obigen Ausnahmsfall, wo der Vergleich auf solche Urkunden hin abgeschlossen wird) keinen Einfluß habe, welcher das zu Stande gekommene Geschäft entkräften könne. Diese Grundsätze über den Irrthum bei Vergleichen sind bisher nicht allgemein anerkannt gewesen. Vielmehr hat man früher vielfach versucht, auf einem anderen Wege zur Lösung dieses Problems und insonderheit zu einem, die verschiedenen über diesen Punkt vorhandenen Quellenaussprüche in ein harmonisches Ganze vereinigenden Verständniß desselben zu gelangen. Der letzte und deshalb bedeutendste dieser Versuche, weil er zur herrschenden Meinung bis auf den heutigen Tag geworden ist, rührt her von Götz[211]). Das Charakteristische der von Götz aufgestellten Theorie besteht darin, daß dieselbe, anstatt zwischen dem den Willen ausschließenden (unechten) und ihn voraussetzenden (echten) Irrthum zu unterscheiden, unterscheidet zwischen: a) dem error, qui ad caput controversum pertinet, welcher der Giltigkeit des Vergleiches immer unschädlich sein soll; b) dem error, qui ad caput non controversum spectat, welcher den Vergleich ungiltig machen soll. Diese Unterscheidung hat in unseren Lehrbüchern in folgender Formulirung Eingang gefunden: „der Vergleich kann wegen Unrichtigkeit dessen, was bei Eingehung desselben von den Transigenten als gewiß vorausgesetzt worden war, nicht wegen nachheriger Hebung der den Vergleich veranlassenden und bedingenden Ungewißheit aufgehoben werden" [212]). Wegen dessen, was sich gegen diese Theorie als unrichtig und unzureichend sagen läßt, kann der Kürze halber füglich auf die Ausführung von Risch verwiesen werden[213]). — Was die Auffassungsweisen dieser Frage in den neueren Partikulargesetzgebungen betrifft, so stimmen diese nicht durchaus mit der richtigen Theorie überein, was nach der Theorie jener Zeit, in welcher diese Gesetzgebungen

---

211) In der in Note 145 angeführten Comment. iur. civil. de errore in transactionibus recte aestimando. Altorfi et Norimberg. 1797.

212) Vgl. Puchta, Pandekten §. 294. Wening-Ingenheim, Civilr. §. 278. Schweppe, Handbuch §. 524. Glück, Erläut. der Pand. Bd. 5, S. 13 flg., besonders S. 23 flg. Sintenis, Civilrecht §. 107, Bd. 2, S. 481.

213) Vgl. Risch a. a. O. S. 225—229.

entstanden, kaum anders zu erwarten ist. Am meisten befriedigt die Art und Weise, wie die österreichische Gesetzgebung diese Frage behandelt[214]). Weniger befriedigt die Auffassung des Einflusses des Irrthumes bei Verträgen im preußischen Landrechte, indem einestheils die Zeichnung des den Vergleich hindernden Irrthumes nicht genug scharf und ausreichend ist, und anderentheils nach einigen Richtungen der gemeinrechtliche Boden zum Schaden des Institutes gänzlich verlassen wird[215]). Aehnliches läßt sich auch von der französischen Gesetzgebung in dieser Beziehung sagen, indem auch hier die Unklarheit der Auffassung in manchen Inconsequenzen ihren Ausdruck findet[216]). — Restitution der Minderjährigen gegen Vergleiche. Durchaus getrennt werden muß von der Einwirkung des Irrthumes bei Vergleichen die Frage, ob gewissen Personen — den Minderjährigen — eine Anfechtung der von ihnen geschlossenen Vergleiche verstattet werde, weil sie, möglicherweise in Folge eines Irrthumes, durch den Vergleich benachtheiligt worden sind. Minderjährige werden restituirt, wenn sie durch ein Rechtsgeschäft, bei dessen Vornahme ihre jugendliche Leichtfertigkeit von Einfluß war, verletzt worden sind. Beide Voraussetzungen (wirkliche Läsion, herbeigeführt durch jugendliche Unüberlegtheit) werden denn auch zur Restitution eines Minderjährigen gegen einen eingegangenen Vergleich erfordert. Das regelmäßige Motiv zur Eingehung eines Vergleiches wird, wie für Volljährige, so auch für Minderjährige der jetzige Mangel an Beweismitteln für das in Anspruch genommene Recht sein, nur daß der Minderjährige, soweit er nicht unter Vormundschaft

---

214) Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. Art. 1385, 1387, 1388.

215) Preuß. Landr. §. 417—422. Insbesondre ist die Bestimmung des §. 420 zu bemerken, wonach Rücktritt des einen Transigenten vom Vergleiche stattfinden kann, wenn aus neu aufgefundenen Urkunden der gänzliche Mangel alles Rechtes auf Seiten des Gegentheiles klar erweislich ist. Nach §. 421 findet in diesem Falle Alles Anwendung, was die Proceßordnung wegen Anfechtung eines rechtskräftigen Erkenntnisses aus neu aufgefundenen Urkunden vorschreibt. Offenbar hat sich der Gesetzgeber durch die auch gemeinrechtlich gewordene Anfechtbarkeit eines Urtheils aus dem Grunde neu aufgefundener Urkunden (restitutio in integrum contra rem iudicatam ex capite novorum) bestimmen lassen, ein Gleiches auch für den (judicatliche Natur besitzenden) Vergleich zu verordnen. Allein diese Analogie ist, wie Risch a. a. O. §. 26, N. 29, S. 230 richtig bemerkt, nicht gerechtfertigt: zwischen Urtheil und Vergleich bleibt immer der große Unterschied, daß das Urtheil die Ermittelung der Wahrheit des zweifelhaften Verhältnisses bezweckt und sie zum ius inter partes macht, während bei dem Vergleiche die Parteien von Anfang an darauf verzichten. Es verträgt nun zwar der erstere Standpunkt, daß man im Interesse der Wahrheit auch spätere Ereignisse noch berücksichtigt, welche darthun, daß das frühere Urtheil nicht seiner Tendenz gemäß war; dieser Gesichtspunkt läßt sich aber offenbar nicht in gleicher Weise geltend machen für den Fall, wo die Parteien, um dem Processe auszuweichen, auf die Ermittelung der Wahrheit verzichtet und eine frei selbstgeschaffene Gewißheit durch beiderseitiges Nachgeben an deren Stelle gesetzt haben.

216) Code civil art. 2052—2054. Vgl. darüber Risch a. a. O. §. 26, N. 30, S. 231 flg.

steht, was freilich jetzt nicht mehr vorkommt, oft zu rasch und voreilig in seinem Entschlusse ist, sodaß oft bald darauf sich Beweismittel ergeben, oder solche auch von Anfang an schon vorhanden waren, wodurch sein Recht augenscheinlich gemacht werden kann. In einem solchen Falle wird dann vom Richter unter billiger Beachtung der Umstände dem Minderjährigen die Restitution gegen den eingegangenen Vergleich in der Regel nicht versagt werden. Eine Reihe von Stellen in den Titeln der Quellen de transactionibus gedenken auch dieser Restitution der Minderjährigen[217]), ja der Codex enthält einen eigenen Titel darüber[218]). Selbstverständlich muß, wenn der Minderjährige restituirt wird, auch der Gegner in die frühere Lage, wie vor dem Vergleiche zurückversetzt werden[219]). 5) Anfechtung des Vergleiches wegen enormer Läsion. Die Frage, ob der Vergleich wegen enormer Verletzung angefochten werden könne, zieht sich, sowie manche andere Fragen in der Lehre vom Vergleiche, seit Jahrhunderten als berühmte Streitfrage durch die juristische Literatur hindurch und es ist auch hier die merkwürdige Erscheinung wahrzunehmen, daß die hervorragendsten Juristen der früheren und der jetzigen Zeit ganz entgegengesetzte Meinungen vertreten. Bei der Behandlung dieser Frage muß vor Allem das reine römische Recht, wie es von den angesehensten Juristen der jetzigen Zeit auch als gegenwärtiges Recht behauptet wird, und ihm gegenüber das angebliche, durch die gemeine Praxis modificirte heutige Recht auseinandergehalten werden. Das römische Recht geht von dem gewiß allein richtigen Grundsatze aus, den Rechtsverkehr, wie er in den unzähligen Kauf- und Tauschgeschäften des täglichen Lebens erscheint, möglichst frei gewähren zu lassen, insbesondre nicht das angemessene Verhältniß der gegenseitigen Leistungen zum Erforderniß der Giltigkeit des entgeltlichen Vertrages zu erheben[220]). Von diesem Grundsatze findet nur in Einer Beziehung eine Ausnahme statt, wenn der Verkäufer einer Sache beweisen kann, daß er nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes der Sache, welchen dieselbe zur Zeit des Kaufes hatte, erhalten habe; dann hat er das Recht, entweder das Fehlende des wahren Werthes nachzufordern, oder, wenn der Käufer nicht zulegen will, wegen der Unverhältnißmäßigkeit des Preises das Geschäft aufzuheben, gleichsam als ob der Käufer ihn dolos übervortheilt hätte[221]). Diese Vorschrift hat ihren rechtspolitischen Grund in der billigen Rücksicht auf Verkäufe aus Noth; sie läßt daher weder eine Ausdehnung auf die Stellung des Käufers, welcher ohnehin schon durch das Edict der Aedilen hinreichend geschützt ist, noch auf andere gegenseitige Verträge zu, bei welchen nicht, wie bei dem

217) L. 5. 11. 22. 25. 36. 41. C. II. 4.
218) Tit. Cod. Si adversus transactionem vel divisionem minor restitui velit. (II. 31. (32.))
219) L. 2. C. Si adversus transactionem. (II. 31. (32.))
220) L. 22. §. 3. D. 19. 2.
221) L. 2. 8. C. IV. 44.

Kaufvertrage, von Veräußerungen gegen einen Geldpreis die Rede ist[222]). Nach der gewöhnlichen Behauptung ist die erwähnte Bestimmung nicht nur auf den Käufer, sondern auch auf andere gegenseitige Rechtsgeschäfte analog angewendet worden. Wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß hierdurch das römische Recht in dieser Beziehung abgeändert worden sei, wie dies fast allgemein geschehen ist und noch geschieht, so läßt sich auch die Frage aufwerfen, ob diese analoge Ausdehnung der gesetzlichen Bestimmung in L. 2. 8. C. IV. 44. auch auf den Vergleich, welcher ja ebenfalls als gegenseitiges Geschäft erscheine, anzuwenden sei. In der That ist auch die Frage früher in der Allgemeinheit, wie es eben jetzt geschehen, aufgestellt worden: ob bei dem Vergleiche ebenso, wie bei gewöhnlichen Kauf- und Tauschgeschäften, eine laesio enormis denkbar und deshalb eine Umstoßung desselben in demselben Umfange, wie bei diesen Geschäften, zulässig sei? Einige bejahen mit Bartolus diese Frage geradezu[223]). Andere machen einen Unterschied zwischen einer laesio enormis und enormissima und glauben, daß der Vergleich wenigstens in dem Falle, wenn laesio enormissima vorliege, nach der Billigkeit wieder aufgehoben werden könne[224]). Noch Andere machten einen Unterschied zwischen gerichtlich und außergerichtlich abgeschlossenen Vergleichen und wollten bei den letzteren die Anfechtung des Vergleiches wegen enormer Verletzung gestatten, bei ersteren nicht[225]). Die allgemeine Bejahung der aufgeworfenen Frage (von letzterem Unterschied, der gar keinen Grund hat, ist abzusehen) trat aber mit dem sogar dem Nichtjuristen bewußten inneren Wesen des Vergleiches[226]) so sehr in

222) Vgl. Puchta, Pandekten §. 364 und Vorlesungen ebd. Arndts, Pandekten §. 307 im Text zu Note c. und Anm. ebd.

223) Hierzu gehören Carpzov, Richter, Struv und Andere, welche Glück, Erl. der Pand. Bd. 5, S. 89, N. 42 anführt.

224) Vgl. Glück a. a. O. S. 89, N. 43, welcher als Vertheidiger dieser Ansicht Klock, Cothmann, Stryk, Harpprecht und Cannegieter anführt.

225) Vgl. die bei Glück a. a. O. S. 90, N. 44 angeführten Juristen.

226) Der Vergleich ist derjenige Vertrag, welcher durch gegenseitiges Nachgeben der Parteien eine Rechtsungewißheit beseitigt. Es läßt sich aber gar nicht anders denken, als daß entweder beide Theile gerade mit Bezug auf das ungewisse Rechtsverhältniß nachgeben oder daß wenigstens der eine Theil mit Bezug auf dasselbe völlig nachgiebt (gegen eine anderweite Entschädigung von Seiten des Gegners). So oft nun aber die vergleichsmäßige Aufopferung mit Bezug auf das ungewisse Verhältniß selbst geschieht, ist ja ein wirklicher Werth derselben zur Zeit des Vergleiches nicht zu bestimmen (z. B. kann der Kläger, welcher auf einen ungewissen Anspruch auf 1000 verzichtet, möglicherweise 1000, ebensogut aber auch gar nichts aufgegeben haben); die L. 2. C. IV. 44. setzt aber zu ihrer analogen Anwendung voraus, daß der Werth der beiderseitigen Leistungen zur Zeit des Vertragsabschlusses verglichen und nur dann eine Rescission gestattet werde, wenn zu jenem Zeitpunkte der Eine mehr als noch einmal soviel aus seinem Vermögen geleistet habe, als ihm durch die Leistung des Anderen zugekommen ist; fällt nun aber, wie in unserem Falle, die Möglichkeit der Schätzung des Werthes der Vermögensaufopferung des einen Theiles im Momente des Vergleichsabschlusses weg, so ist es auch unmöglich, die beiderseitigen Leistungen zu

Widerspruch, daß schon damals die meisten Juristen sich für die Verneinung der Frage entschieden [227]), und zwar wesentlich mit Berufung auf die Gründe, welche in Note 226 gegen die, eine enorme Läsion bei dem Vergleiche für möglich anerkennende, Ansicht aufgestellt worden sind. Thibaut eröffnete ein neues Stadium in der Geschichte dieser Streitfrage [228]), insofern er einerseits die Absurdität derjenigen Ansicht anerkannte, welche bezüglich der Frage der enormen Läsion den Vergleich als einen gewöhnlichen gegenseitigen Vertrag betrachtet und deshalb dessen Anfechtbarkeit im weitesten Umfange annimmt, andererseits aber auch die Ansicht, welche eine enorme Läsion bei dem Vergleiche schlechthin in Abrede stellt, als zu weit gehend verwarf, indem er sich auf das Resultat der Untersuchung von Götz über den Irrthum bei Vergleichen stützte, daß nämlich nur derjenige Irrthum nicht zu berücksichtigen sei, welcher sich gerade auf den als zweifelhaft vorausgesetzten und durch den Vergleich entschiedenen Gegenstand selbst beziehe, während jener Irrthum, welcher das, was unter den Transigenten unbestritten geblieben war, betreffe, bei dem Vergleiche ganz von demselben Einflusse sei, wie bei jedem anderen Vertrage, folglich auch zu einer Anfechtung wegen enormer Verletzung berechtige, sofern letztere durch einen solchen Irrthum herbeigeführt worden sei. Allein zuvörderst steht die Frage der laesio enormis an sich gar nicht in nothwendigem Zusammenhange mit der Frage des Irrthums [229]). Dann führt aber auch die anfänglich falsche

---

vergleichen und folgerichtig auch eine Unverhältnißmäßigkeit und eine Rescission des Vertrages aus diesem Grunde anzuerkennen. Diejenigen, welche die Anfechtung des Vergleiches wegen enormer Verletzung zulassen, haben nun aber in völliger Mißkennung der Natur des Vergleiches und des wahren Sinnes der L. 2. u. 8. C. IV. 44. nicht den Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses als maßgebend für die Vergleichung der beiderseitigen Vermögensaufopferungen betrachtet, sondern jeden beliebigen späteren, wo die Ungewißheit, welche zur Zeit des Vergleichsabschlusses bestand und durch den Vergleich beseitigt und deren Gewißwerden also gleichgiltig geworden war, zu Gunsten des einen oder anderen Theiles sich gehoben hatte, welcher nunmehr sich darauf stützend, daß er durch jenen Vergleich so viel eingebüßt und nicht einmal die Hälfte dessen in sein Vermögen bekommen habe, Aufhebung des Vergleiches wegen enormer Verletzung verlangt. Diese Ansicht wird aber nicht nur von unseren Quellen geradezu gemißbilligt (vgl. L. 6. 7. C. I. 18. L. 2. 19. C. II. 4. L. 65. §. 1. D. 12. 6. L. 78. §. 16. D. 36. 1.), sondern sie führt auch in ihren praktischen Consequenzen dazu, das ganze Institut des Vergleiches für den Rechtsverkehr unbrauchbar zu machen.

227) Vgl. die zahlreichen Citate bei Glück a. a. O. S. 90, N. 45.

228) Vgl. Thibaut, Versuche B. 2, Nr. 11, welchem Vangerow, Leitfaden Bd. 3, §. 611, Anm. folgt.

229) Die ursprüngliche ratio der ganzen Bestimmung hat durchaus nichts mit einem Irrthum zu thun; sondern der, welcher aus Noth seine Sache um einen ganz niedrigen Preis weggiebt, kennt deren viel höheren Werth, als er dafür erhalten hat, recht wohl. Aber auch in den freilich häufigsten Fällen, wo sich der eine Sache Leistende im Irrthum über den viel höheren Werth derselben befand, darf doch nicht der Irrthum als solcher als positiver Grund der Anfechtung des Geschäftes betrachtet werden, indem er nur insofern wichtig wird, als er den animus donandi ausschließt, sondern dieser Grund ist die objective Unver-

Theorie von Götz ihren Vertheidiger Thibaut zu unrichtigen Folgerungen [230]). Die in der letzten Note bemerklich gemachten Mängel der

---

hältnißmäßigkeit der beiderseitigen Leistungen, welche dem Rechte gleichsam wie eine dolose Uebervortheilung des Verletzten erscheint, gegen welche demselben Rechtsschutz zu gewähren sei.

230) Dies hat Risch a. a. O. §. 27, N. 10, S. 237 flg. recht gut ausgeführt. Thibaut und mit ihm Vangerow a. a. O. kommen nach jener Unterscheidung von Götz zu folgenden Resultaten: Wenn A. sich mit B. über eine von Ersterem an Letzteren gemachte Forderung von 1000 dahin vergleiche, daß A. sich mit 300 begnügen zu wollen erkläre und auf die anderen 700, die er beansprucht habe, verzichte, so könne nun A. sich nie über laesio enormis beschweren, wenn sich auch später ergebe, daß sein Anspruch auf 1000 wirklich begründet gewesen sei, weil hier die Verletzung gerade in demjenigen vorkomme, was die Parteien als ungewiß entscheiden wollten. Anders verhalte sich dagegen die Sache, wenn die Verletzung in etwas Anderem sich ereigne, wenn namentlich der Werth der Sache, worüber man sich vergleicht, oder des Objectes, mit welchem eine Partei abgefunden wird, irrig angenommen worden sei, hier sei gegen die Möglichkeit einer Läsion und gegen die Umstoßung des Vertrages aus diesem Grunde gewiß nichts einzuwenden. Für die beiden eben bemerklich gemachten Fälle eines die Anfechtung wegen enormer Verletzung rechtfertigenden Irrthums werden folgende Beispiele angeführt. Erstens: A. streitet mit B. um das Eigenthum einer Sache, welche er auf 50 schätzt, und läßt sich unter dieser Voraussetzung von B. mit 25 abfinden; später ergiebt sich ein Werth des Streitgegenstandes von mehr als 100; hier kann sich, wird gesagt, der Abgefundene offenbar über enorme Verletzung beschweren und den Vertrag anfechten; denn „er hat infolge eines Irrthums über das caput non controversum (den Werth des Gegenstandes) weniger als die Hälfte dessen erhalten, was er aufgeopfert hat." Diese Argumentation ist aber unrichtig. Denn der Abgefundene hat im Moment des Vergleiches keinen (gewissen) Werth von 50 oder von 100 aufgeopfert, sondern vielmehr nur einen ungewissen Anspruch, welcher gar keine bestimmte Werthschätzung zuläßt, da er ebensogut gar nichts als 50 oder 100 werth sein kann. Er kann sich jetzt nicht über enorme Verletzung beschweren, da er doch nicht beweisen kann, daß er mehr als noch einmal so viel aufgeopfert habe, als er erhalten hat. Jener Irrthum in der Werthschätzung des Streitgegenstandes kann also gar nicht in Betracht kommen, weder von Seiten des Abgefundenen als Irrenden, wie der eben angeführte Fall zeigt, noch von Seiten des Abfindenden als Irrenden, wie eben so leicht darzuthun wäre. Das zweite, den Irrthum in der Werthschätzung des Abfindungsobjectes betreffende Beispiel ist folgendes: A. vindicirt ein Pferd von B., welches 70 werth ist, vergleicht sich aber mit B. gegen eine Abfindung durch eine Uhr, welche B. auf 50 schätzt, während sich später ein Werth der Uhr von 300 ergiebt. Die Deduction ist nun folgende: der Irrthum des B. bezog sich auf das caput non controversum (die Werthschätzung der Uhr); hier verdient er berücksichtigt zu werden; wenn sich also ergiebt, daß die Uhr mehr als das Doppelte desjenigen Werthes hat, welchen er irrthümlich angenommen hat, so ist er übermäßig verletzt und kann auf Rescission dringen. Allein auch hier ist das Unrichtige dieser Beweisführung sofort erkennbar. Wäre es in der That der Irrthum, d. i. der Umstand, daß die Uhr einen mehr als doppelt so hohen Werth hat, als der Abfindende ihn irrthümlich geschätzt hat, welcher in diesem Falle zur Rescission wegen enormer Verletzung, sofern sie überhaupt stattfindet, berechtigte, so müßte eine solche Läsion auch schon dann vorhanden sein, wenn die Uhr statt 300 nur 101 werth wäre, weil jener schon hier den Werth um mehr als das Doppelte geringer geschätzt hätte. Dieser Fall würde aber den Voraussetzungen der L. 2. C. IV. 44. offenbar nicht entsprechen; denn die Vergleichung ergiebt, daß der

Auffassung von Thibaut und Vangerow sind erkannt worden, und damit begann das dritte Stadium der Streitfrage. Zunächst Seuffert[231]) und nach ihm Bettinger[232]) formuliren, unter dem Zugeständnisse, daß eine laesio enormis auf Seiten des Abgefundenen nie juristisch denkbar sei[233]), den streitigen Boden dahin: daß eine laesio enormis auf Seiten des Abfindenden stattfinden könne, insofern er in seiner Abfindungsleistung mehr als das Doppelte desjenigen hingegeben habe, was der höchste mögliche Werth seiner dafür erlangten Sicherung, d. i. der Werth des ihm überlassenen Streitgegenstandes selbst betrage. Die hier angenommene Verschiedenheit in der Stellung des Abgefundenen und der des Abfindenden ist als begründet anzuerkennen[234]). Auch läßt sich

---

Abfindende einen vorher ungewissen, möglicherweise aller Begründung ermangelnden und deshalb werthlosen Anspruch auf 70 (d. i. das Pferd) nunmehr als gesicherten hat, so daß er sich bei der Berechnung des Werthes dieser Sicherung den ganzen höchstmöglichen Werth derselben als seinem Vermögen zugewachsen anrechnen muß (d. i. 70), daß er aber anderntheils nur einen Werth von 101 aus seinem Vermögen in das des Anderen hat übergehen lassen; es sind mithin die schon in der L. 2. cit. geforderten Voraussetzungen einer enormen Verletzung von Anfang an nicht vorhanden. Ob nicht in dem ursprünglich gesetzten Falle, wo die Uhr 300 werth war, wirklich eine enorme Verletzung und Möglichkeit einer Rescission auf Grund derselben anzunehmen sei, ist gleich nachher zu erörtern.

231) Seuffert, prakt. Pandektenrecht §. 374.

232) Bettinger, Inauguraldissertation über die laesio enormis bei dem Vergleiche S. 11.

233) Denn der Abgefundene, welcher also seine Ansprüche auf den Streitgegenstand aufgiebt oder die Forderung des Anderen anerkennt, leistet etwas, dessen Werth zwischen einem bestimmten Maximum und einem unbestimmten, möglicherweise auf Nichts herabsinkenden Minimum schwankt. Wollte er sich also in irgend einem Falle über enorme Verletzung beschweren, so müßte er zuvor beweisen können, erstens, welchen Vermögenswerth er durch den Vergleich aufgeopfert habe, und zweitens, daß er dem Gegner durch seine Aufopferung mehr als das Doppelte dessen, was der Letztere ihm gewährt hat, gewährt habe. Dies kann er aber niemals beweisen, weil er ja möglicherweise gar nichts aufgeopfert hat und weil die später sich ergebende Gewißheit über die Größe seiner Aufopferung überall nicht mehr in Betracht zu ziehen ist.

234) Die Leistung des Abgefundenen ist nach dem vorher Bemerkten unbestimmbar; die Leistung des Abfindenden ist, weil er (sofern nicht beide Theile mit Bezug auf das zweifelhafte Verhältniß selbst nachgeben, wo dann jeder Theil Abfindender und Abgefundener zugleich ist) ein gewisses Vermögensopfer bringt, recht wohl bestimmbar. Man kann aber fragen, ob denn nicht das, was der Abgefundene in des Abfindenden Vermögen einbringt, unbestimmbar und dadurch eine Vergleichung, wie sie L. 2. C. IV. 44. verlangt, ausgeschlossen sei? Diese Frage muß aber deshalb verneint werden, weil das Opfer des Abgefundenen nur nach unten (nach seinem Minimalwerthe) keine feste Werthsgrenze hat, wohl aber nach oben durch eine sichere Maximalgrenze bestimmt ist, d. h. der Abgefundene kann dem Abfindenden möglicherweise gar nichts, höchstens aber nur den größtmöglichen Werth des Streitgegenstandes selbst in das Vermögen gebracht haben. Kann also der Abfindende beweisen, daß er im Augenblicke des Vergleiches mehr als noch einmal so viel dem Anderen zur Abfindung gegeben habe, als der Streitgegenstand selbst im höchsten Falle werth war, so ist er dann wirklich übermäßig verletzt.

nicht wohl dagegen behaupten, wie dies Holzschuher[235]) thut, daß die beiderseitigen Leistungen auch hier noch keine gewissen und deshalb mit einander in Vergleichung zu bringenden Größen abgäben[236]). Ebensowenig scheint Risch der Einwand dagegen gerechtfertigt werden zu können, daß durch diese Ansicht die judicatliche Natur des Vergleiches mißachtet werde, da derselbe gleich der res judicata unanfechtbar und insbesondre nicht der Anfechtung wegen Irrthums, der ja hier immer vorausgesetzt werde, unterworfen sei[237]). Wir können aber diesem letzteren nicht beipflichten. Mit Rücksicht auf die von Risch gegebene, in der letzten Note ausführlich dargestellte Deduction kann unseres Erachtens, wenn auch wirklich eine laesio enormis auf Seiten des Abfindenden in der oben angegebenen Weise als möglich zuzugeben ist, doch der Standpunkt, von welchem aus der Gesetzgeber die Rescission wegen enormer Läsion betrachtet, keineswegs auf den Vergleich übertragen werden. Dieser Standpunkt ist, wie auch wir annehmen, der eines fingirten dolus. Nur dieser kann den Grund zur Aufhebung des Kaufes wegen enormer Läsion sein, wenn aber der Fall, wie er in L. 2. u. 8. C. IV. 4.

---

235) Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilrechtes Bd. 2, Abth. 2, S. 928 flg.

236) Allerdings läßt sich mit Holzschuher denken, daß A. das Pferd vielleicht viel höher schätzte als 70, und daß er eben deshalb, auch wenn er in der Uhr 300 hingegeben habe, noch keinen Grund zur Beschwerde habe. Dabei ist aber übersehen, daß dasselbe auch bei Kauf- und Tauschverträgen stattfinden kann, wo sich mit demselben Grunde sagen läßt, der Kaufgegenstand habe für den jetzt sich über Läsion beschwerenden Käufer möglicherweise einen höheren Affectionswerth gehabt.

237) Vgl. Risch a. a. O. §. 27, S. 241. Bei Erhebung dieses Einwandes übersieht man nach Risch den Standpunkt, von welchem aus der Gesetzgeber die Rescission wegen enormer Verletzung ansieht; es sei dies der Standpunkt, als sei der Verletzte wegen der objectiven Unverhältnißmäßigkeit der beiden Leistungen von der anderen Seite als gleichsam dolos übervortheilt worden. Sowenig nun, bemerkt Risch weiter, der wirkliche dolus eines Transigenten etwa darum unkräftig zur Anfechtung eines Vergleiches sei, weil der Vergleich die Auctorität der res iudicata genieße, ebensowenig dürfe man diesem fingirtem dolus seine Wirksamkeit zur Rescission des Geschäftes da versagen, wo derselbe nach seinen gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sei. Gleiches soll nach Risch a. a. O. von dem Einwande gelten, daß ja principiell der Irrthum nicht zur Anfechtung eines Vergleiches berechtige. Der Irrthum, sagt er, berechtige ebensowenig principiell zur Anfechtung eines Kauf- oder Tauschvertrages. Nun sei aber nach früheren Bemerkungen die Ausnahmsbestimmung der Anfechtung eines Geschäftes (Kaufes) wegen enormer Verletzung zunächst ganz unabhängig gegeben von dem Falle eines Irrthums als Motiv zu dem die Läsion begründenden Geschäfte, vielmehr komme der Irrthum nur als möglicher Beweggrund, nicht als nothwendiger in Betracht. Wo er aber (wie freilich bei anderen Geschäften, als Verkäufen, allein denkbar sei) wirklich das Motiv des die enorme Verletzung enthaltenden Geschäftes sei, da müsse eben ein Ausnahmsrecht von der Regel anerkannt werden, was aber in dem mehrfach angedeuteten Gesichtspunkte, wonach die enorme Läsion als durch einen quasi dolus herbeigeführt betrachtet werde, seine vollständige Rechtfertigung finde.

enthalten ist, vorliegt. Denn an sich liegt darin, daß der Eine eine Sache von höherem Werthe um einen geringeren Preis kauft oder umgekehrt für eine Sache von geringerem Werthe einen höheren Preis bezahlt, kein dolus; vielmehr liegt, daß dieses geschieht, in der Natur des Contractes, und eine Uebervortheilung in dem Preise wird als kein dolus angesehen, vielmehr als selbstverständlich und in der Natur der Sache liegend betrachtet[238]. Wenn nun also doch, wenn der Verkäufer die Sache unter der Hälfte des wahren Werthes weggiebt, ein dolus von Seiten des Käufers fingirt und darauf das Recht des Verkäufers, den Kauf wegen enormer Verletzung anzufechten, gestützt wird, so kann diese Fiction nicht über den ursprünglichen Fall, für welchen sie gesetzlich eingeführt ist, ausgedehnt werden, eine Beschränkung, welche sich aus der Natur der Fictionen, als gesetzlicher Negation eines in der That vorhandenen Thatumstandes oder gesetzlicher Annahme des Daseins eines in der That nicht vorhandenen Thatumstandes, zur Genüge rechtfertigt. Sieht man also, wie man unseres Erachtens muß, diese Ausdehnung des fingirten dolus auf den Fall des Vergleiches als unzulässig an, so kann nur der Irrthum entscheiden. Könnte aber selbst der Abfindende beweisen, daß er im Momente des Vergleiches mehr als das Doppelte dessen, was der Streitgegenstand selbst im höchsten Falle werth war, zur Abfindung gegeben habe, so würde jedenfalls ein vermeidlicher und deshalb keine Entschuldigung verdienender Irrthum des Abfindenden vorliegen; derselbe hätte sich ja um den Werth des Streitgegenstandes genauer bekümmern, für dessen Ermittelung sorgen können und müssen, und wenn er dadurch, daß er dies unterläßt, in Schaden kommt, so tritt der Grundsatz ein: damnum, quod quis sua culpa sentit, sentire non intelligitur. Ist vollends der Abfindende über den Werth dessen, was er zur Abfindung gab, zur Zeit des Vergleiches in Ungewißheit gewesen, so verdient seine Unkenntniß noch weniger Entschuldigung. Wir müssen daher eine Anfechtung des Vergleiches wegen enormer Verletzung selbst in dem Falle, in welchem Seuffert sie als zulässig annimmt, für unstatthaft erklären. — Was schließlich die neueren Gesetzgebungen betrifft, so lassen diese eine Anfechtung des Vergleiches wegen enormer Verletzung nicht zu[239]. Einzelne teutsche Partikulargesetze haben die oben angedeutete Ansicht mehrerer Juristen angenommen, daß gerichtlich geschlossene Vergleiche wegen enormer Verletzung nicht angefochten werden können[240].

Heimbach sen.

---

238) L. 16. §. 4. D. 4. 4.: Idem Pomponius aït, in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. L. 22. §. 3. D. 19. 2.: In emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere; quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumvenire.

239) Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch Art. 1386. Preuß. Landrecht §. 439. Cod. civil art. 2052. Abs. 2.

240) Goth. Patent v. 22. September 1785.

Verjährung (praescriptio im Sinne der neueren Doctrin). I. Einleitung. A. Feststellung des Begriffes und des Sprachgebrauches. 1) Begrenzung des Begriffes der Verjährung. Eine genauere Begrenzung des Begriffes der Verjährung ist um so nothwendiger, als das römische Recht keinen dieser allgemeinen Bezeichnung entsprechenden Kunstausdruck kennt, indem der entsprechende Ausdruck praescriptio der neueren Doctrin angehört. Das römische Recht hatte Kunstausdrücke für die verschiedenen Verjährungsarten (usucapio, longi temporis praescriptio, praescriptio XXX vel XL annorum), aber keinen allgemeinen unserem Begriffe Verjährung entsprechenden Kunstausdruck. Dem Sprachgebrauche am meisten angemessen ist es, mit Unterholzner[1]) darunter jede Veränderung in den rechtlichen Befugnissen oder Verhältnissen zu verstehen, welche hauptsächlich als die Folge der eine Zeit lang fortgesetzten Ausübung oder Nichtausübung eines Rechtes anzusehen ist. Eine bestimmte Zeitfrist ist nicht erforderlich; denn es giebt auch eine unvordenkliche Verjährung, welche schon ihrem Begriffe nach eine bestimmte Zeitfrist ausschließt. Dieser so festgestellte Begriff der Verjährung schließt folgende Fälle aus: a) wenn nicht rechtliche Befugnisse und Verhältnisse, sondern allgemeine oder locale Rechtssätze durch die Länge der Zeit sich feststellen und ein Gewohnheitsrecht bilden. Indessen ist hier in der älteren Zeit nicht scharf geschieden worden. Das kanonische Recht hat durch das Erforderniß der consuetudo legitime praescripta[2]), welches vielfach von dem Ablaufe der Verjährungszeit, der bei einem Gewohnheitsrechte vorhanden sein müsse, verstanden worden ist, mit auf die Vermischung der Verjährung und des Gewohnheitsrechtes hingewirkt. Am meisten trug aber dazu bei, daß in der früheren Zeit nicht so streng wie heutzutage zwischen den, dem öffentlichen Rechte angehörigen und privatrechtlichen Verhältnissen unterschieden wurde. Rechte, welche Ausfluß der Kirchengewalt sind, werden im kanonischen Rechte als des Besitzes fähig und deshalb auch der Verjährung, sowohl der erwerbenden als der erlöschenden unterliegend betrachtet. Rechte aller Art, welche nicht blos gegen ein einzelnes Grundstück zustanden, sondern sich auf einen ganzen Bezirk, auf ein ganzes Territorium erstreckten, waren Gegenstand des Besitzes, folglich auch der Verjährung[3]). Hoheitsrechte und andere dem öffentlichen

1) Unterholzner, ausführl. Entwickelung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Teutschland geltenden Rechten Bd. 1, §. 1, S. 1. Es ist dies überhaupt das Hauptwerk über die ganze Lehre, welches der nachfolgenden Darstellung derselben hauptsächlich zum Grunde liegt, natürlich mit Berücksichtigung der neueren seit dem Erscheinen desselben im Jahre 1828 erschienenen Schriften.

2) Cap. 11. X. I. 4.

3) Dunker, in der Zeitschr. für teutsches Recht Bd. II, S. 50 flg. Vgl. auch den Artikel Possessorium Bd. VIII, S. 218 und N. 3 das.

Rechte angehörige Befugnisse waren zu Zeiten des teutschen Reiches der quasi iuris possessio fähig, z. B. Regalien, Jurisdiction, Gerichte, geistliche und weltliche Zölle, mithin auch der Verjährung, wovon der Grund darin lag, daß solche durch Belehnung auf die Reichsstände übergehen konnten und übergegangen waren[4]). Bei solchen dem öffentlichen Rechte angehörigen Verhältnissen, wozu auch in früherer Zeit die Gutsherrlichkeit und die darin begründeten gutsherrlich-bäuerlichen Lasten und Abgaben gehören[5]), war es nun natürlich, daß, nachdem man bei ihnen Besitz und Verjährung zugelassen hatte, auch die Begriffe der Verjährung und des Gewohnheitsrechtes nicht streng geschieden wurden; von welcher Verwechselung sich Spuren in Partikulargesetzen finden[6]). b) Wenn im Grunde die Rechtsveränderung Folge einer rechtswidrigen Handlungsweise ist, gesetzt auch, daß diese Rechtswidrigkeit durch eine Zeitbestimmung genauer bestimmt wird; diese Fälle gehören vielmehr unter den Begriff der Verwirkung[7]); eine besondere Art der letzteren ist es, wenn Jemand die ihm vom Richter zur Ausübung einer Proceßbefugniß oder Proceßhandlung bestimmte Frist ungenutzt verstreichen läßt; solchenfalls ist, wenn hierin ein Ungehorsam angenommen wird, von keiner Verjährung, sondern von Präclusion die Rede[8]). c) Wenn sich eine Rechtsveränderung infolge eines sich im Laufe der Zeit ereignenden Todesfalles oder infolge des Eintrittes einer gewissen Altersstufe ereignet. d) Wenn infolge eines Vertrages Rechtsveränderungen eintreten, welche noch außerdem von einem Zeitablaufe abhängen. Wird nämlich durch einen Vertrag ein Recht in der Weise begründet, daß es erst nach Verfluß einer gewissen Zeit in Kraft treten soll, so läßt sich nicht sagen, daß die rechtliche Wirkung hier durch Verjährung entstanden sei, sondern sie ist vielmehr eine, wenngleich mittelbare Folge des Vertrages. Dasselbe gilt von dem Falle, wenn ein Recht vertragsmäßig auf eine gewisse Zeitfrist beschränkt ist[9]). e) Wenn eine in einer letztwilligen Verfügung enthaltene Anordnung mit einer Zeitbestimmung

4) Vgl. Dunker a. a. O. und den gedachten Artikel sowie auch den Artikel Reallasten Bd. IX, S. 55 flg.

5) J. Weiske, die Gutsherrlichkeit und die gutsherrlich-bäuerlichen Gaben und Leistungen. Leipzig 1850. S. auch den Art. Reallasten S. 44 flg.

6) J. Weiske a. a. O. S. 98, 102. S. den Art. Reallasten N. 302, S. 113 flg.

7) Z. B. der Verlust des Miteigenthums an einem Gebäude, wenn dem anderen Miteigenthümer die auf die gemeinschaftliche Sache gemachten Verwendungen binnen vier Monaten nicht ersetzt werden (L. 4. C. VIII. 10.), das Erlöschen des Rechtes des Emphyteuta, weil er drei Jahre lang die öffentlichen Abgaben nicht entrichtet hat (L. 2. C. IV. 66.), der Verlust des Rechtes des Erben an der Erbschaft, wenn er binnen Jahresfrist den Willen des Erblassers nicht erfüllt (Nov. 1. cap. 4.).

8) Der in den Lehrbüchern bisweilen vorkommende Ausdruck gerichtliche (oder judiciale) Verjährung hat keinen Eingang gefunden.

9) Man hat in den Lehrbüchern hier auch bisweilen von einer vertragsmäßigen (oder Conventional-) Verjährung gesprochen; allein dieser Sprachgebrauch ist nicht in das Leben getreten.

verknüpft wird, in welchem Falle nach der Natur der Sache dasselbe gelten muß, was in Ansehung der in Verträgen enthaltenen Zeitbestimmungen gilt [10]). f) Wenn Urtheile Fristbestimmungen enthalten, kann man ebensowenig von Verjährung sprechen, wie wenn solche Bestimmungen als sich von selbst verstehend betrachtet werden, z. B. bei dem Ablaufe der zehntägigen Nothfrist zur Einwendung eines ordentlichen Rechtsmittels. Ebensowenig kann von Verjährung die Rede sein, um die Wirkung zu bezeichnen, welche bei verurtheilenden rechtskräftigen Erkenntnissen, deren Vollstreckung erst nach Verfluß einer gewissen gesetzlichen Frist zulässig ist, durch den Ablauf dieser Frist entsteht, indem der Zeitablauf in diesen Fällen nur das Hinderniß der Wirksamkeit des Urtheils beseitigt, die nun eintretenden rechtlichen Wirkungen aber nicht als Folge des Zeitablaufes, sondern als Folge des Urtheils betrachtet werden. g) Wenn landesherrliche Bewilligungen an eine gewisse Zeitfrist geknüpft werden, z. B. bei den Moratorien.

2) Arten der Verjährung. Es wird eine erwerbende (sog. praescriptio acquisitiva) und eine aufhebende, erlöschende Verjährung (sog. praescriptio extinctiva) in der Doctrin unterschieden. Die erwerbende begreift sowohl diejenigen Fälle, in welchen durch die Verjährung ein vorher noch nicht da gewesenes Recht entsteht (begründende Verjährung, sog. praescriptio constitutiva), als auch diejenigen, in welchen dadurch blos ein Recht des Einen auf den Anderen übertragen wird (übertragende Verjährung, sog. praescriptio translativa). Zur aufhebenden Verjährung gehören theils diejenigen Fälle, in welchen geradezu das Recht selbst mit dem Ablaufe der Verjährungszeit erlischt, theils diejenigen, wo wenigstens nach der Meinung Vieler nur der aus einem Rechte begründete Anspruch wegfällt. Diese aufhebende Verjährung zeigt sich aber wieder: 1) als reines Entziehen eines Rechtes oder 2) als Befreiung einer Sache von einer darauf haftenden Last, z. B. von einer Servitut, oder einer Person von einer ihr obliegenden Verbindlichkeit, oder 3) als Befestigung eines bisher stattgefundenen, rechtlichen oder thatsächlichen, Zustandes, namentlich eines Besitzes, indem nämlich die Rechtsmittel und die Ansprüche durch Verjährung erlöschen, welche zur rechtlichen Anfechtung des Bestehenden dienten, wohin sowohl die Verjährung gegen Klagen als auch die gegen Einreden gehört. Mit Rücksicht auf diese Unterscheidung lassen sich mit Unterholzner die rein entziehende, die befreiende und die befestigende Verjährung als Unterarten aufstellen. Eine fernere Unterscheidung zeigt sich, wenn man die Erfordernisse, welche bei den verschiedenen Verjährungsarten nothwendig vorausgesetzt werden, in Betracht zieht. Das allgemeine Er-

10) Von dem dafür von Einigen gebrauchten Ausdrucke letztwillige (testamentarische) Verjährung gilt das in den beiden vorigen Noten über die sog. gerichtliche und vertragsmäßige Verjährung Bemerkte.

forderniß aller Verjährungsarten ist Zeitablauf. Uebrigens tritt entweder 1) die Verjährung blos als Folge der Nichtausübung eines Rechtes oder der unterlassenen Geltendmachung eines rechtlichen Anspruches ein (Verjährung durch Rechtsversäumniß), oder sie setzt 2) einen Besitz von Seiten dessen voraus, welchem die Verjährung zu Gute kommen soll, sei es, daß ihm ein Recht erworben oder das ihm zustehende Recht von einer Beschränkung befreit oder sein Besitz gegen Ansprüche gesichert werden soll (Verjährung durch fortgesetzten Besitz). Diese Unterscheidung trifft mit der Eintheilung in erwerbende und aufhebende Verjährung nicht zusammen. Die Verjährung durch Rechtsversäumniß gehört zwar immer zur aufhebenden Verjährung: allein die Verjährung durch fortgesetzten Besitz kann bald eine erwerbende, bald eine befreiende, bald eine befestigende Ersitzung sein. Man denke nur an die usucapio libertatis und an die praescriptio longi temporis, welche immer eine praescriptio longae possessionis, also eine Ersitzung, ist. Endlich wird eine Verjährung von bestimmter Dauer, bestimmte Verjährung (sog. praescriptio definita) und von unbestimmter Dauer, unvordenkliche Verjährung (praescriptio immemorialis) in der Doctrin unterschieden.

3) Bemerkungen über den teutschen und lateinischen Sprachgebrauch. Der teutsche Ausdruck Verjährung paßt, genau genommen, schon seiner Ableitung nach eigentlich nur in den Fällen, wo der gesetzlich geforderte Zeitablauf mindestens ein Jahr beträgt, während doch oft schon einige Monate zur Hervorbringung der Wirkungen einer Verjährung genügen; eine Bedenklichkeit, welche sich dadurch beseitigen läßt, daß man die Monate als Theile des Jahres betrachtet. Ein sehr passender Ausdruck für das Verlorengehen der Ansprüche durch Verjährung ist der in den teutschen Rechtsbüchern des Mittelalters vorkommende Ausdruck Verschweigung[11]); er ist aber veraltet. Der Ausdruck verjähren ist übrigens zweideutig, indem er sowohl das Erwerben eines Rechtes durch Verjährung, als auch das Erlöschen eines Rechtes oder Anspruches durch dieselbe bezeichnet. Im ersten Falle sagt man von dem Erwerber: er verjährt; im zweiten heißt es von dem Rechte: es wird verjährt oder auch es verjährt. Den Römern mangelte ein, alle Verjährungsarten umfassender Ausdruck. Der Ausdruck usucapio bezeichnet hauptsächlich nur die Erwerbung des Eigenthums und kommt außerdem nur bei einer einzelnen Art der aufhebenden Verjährung (bei der libertatis usucapio) vor. Er läßt sich auf die Verjährungsarten, welche auf einer bloßen Rechtsvernachlässigung beruhen und keinen Besitz voraussetzen, schlechthin nicht anwenden. Der Ausdruck praescriptio bedeutet ursprünglich etwas ganz anderes als die Verjährung. Praescriptio ist eine der

---

11) Sächs. Landr. B. 1, Art. 29: „an erbe und eigen mag sich der Sachse verschweigen binnen 30 Jahren und Jar und Tag und ehe nicht."

formula präscribirte, d. h. an die Spitze gestellte[12]) bevorwortende Clausel, gewöhnlich eingeleitet durch die Worte: ea res agatur[13]). Sie war auf Seiten des Klägers ein Gegenmittel gegen einen durch incerti actio zu besorgenden Nachtheil[14]). Es wurde nämlich durch incerta formula die ganze der Klage zum Grunde liegende Forderung mit allen jetzt oder in Zukunft darauf zu gründenden Ansprüchen in iudicium deducirt, weil die mehrfachen Folgen der einen Hauptobligation nicht als verschiedene selbstständige Rechtsverhältnisse angesehen werden. Aber da der Beklagte doch nur in die gerade jetzt begründeten und fälligen Leistungen verurtheilt wurde, und andererseits aus jeder, mannigfaltige Ansprüche oder auch nur terminliche Zahlung begründenden Obligation lediglich incerti actio entsprang[15]), so diente die praescriptio zum Vorbehalte der Klage auf alle diejenigen Leistungen, welche man jetzt noch nicht fordern kann oder will. Die praescriptio konnte aber auch auf Seiten des Beklagten vorkommen (praescriptio pro reo), wie dies Gajus bezeugt[16]). Sie war eine ebenso wie die pro actore durch die Worte ea res agatur die formula einleitende Adjection und war von den Exceptionen darin formell unterschieden, daß sie vor die intentio, nicht, wie die Exceptionen, dieser nachgestellt wurden. Die Fassung scheint ganz dieselbe gewesen zu sein; denn die Wendung, wie in dem von Gajus angeführten Beispiele einer solchen praescriptio pro reo „quod praeiudicium hereditati non fiat", ist auch den wirklichen Exceptionen nicht fremd[17]), und ist den Präscriptionen dieser Art geblieben, nachdem sie, wie bereits zur Zeit des Gajus mit allen praescriptiones pro reo der Fall war, nur noch als wirkliche Exceptionen concipirt worden sind[18]). Ueber den Unterschied der praescriptiones und der daraus entstandenen exceptiones im Begriff und Wesen von den eigentlichen exceptiones kann man nur dann klar werden, wenn man das Wesen jener praeiudicia betrachtet, von denen wir nun gewiß wissen, daß sie als praescriptiones Schutz gegeben haben. Wir haben uns darüber schon an einem anderen Orte dieses Werkes ausgesprochen[19]). Der materielle Unterschied der praescriptio von der eigentlichen exceptio liegt darin, daß die exceptio, auch die dilatoria, zur Zeit des Formularprocesses das einmal angeordnete

---

12) Gai. Inst. Comm. IV. §. 132: Praescriptiones autem appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est.

13) Cic. de finib. II. 1. Gai. l. c. §. 131 sq.

14) Vgl. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Bd. 3, §. 55, S. 160 flg.

15) L. 16. §. 1. D. 45. 1.

16) Gai. l. c. §. 133. Vgl. über die praescriptiones pro reo Zimmern, a. a. O. §. 96, 97, S. 296 flg.

17) Vgl. Zimmern a. a. O. §. 93, S. 289 flg.

18) Gai. l. c. §. 133. vgl. mit L. 13. 16. 18. D. 44. 1. L. 25. §. 17. D. 5. 3. L. 1. §. 1. D. 10. 2. L. 12. pr. C. III. 31.

19) Siehe den Artikel Proceß Bd. VIII, S. 623—631. Vgl. besonders Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Civilprocesse §. 26—32. Siehe auch Zimmern a. a. O. §. 96, S. 297 flg.

iudicium keineswegs aufschiebt[20]), sondern wirklich und für immer Absolution bewirkt, die praescriptio dagegen nichts weniger als Absolution, sondern gerade nur Aufschub, nicht der actio, sondern des iudicium bewirkt. Die praescriptio könnte mit größerem Rechte dilatoria genannt werden, wenn sie überhaupt eine exceptio wäre. Denn auch als exceptio concipirt, kann sie weder mit der peremtoria, noch dilatoria exceptio verglichen werden, da ihr Zweck gar nicht ist, die Condemnation zu hindern. Ebenso verhält es sich mit den praescriptiones fori, wie sie immer heißen[21]), nie dilatoriae exceptiones. Denn fand der iudex die Competenz des das iudicium anordnenden Magistrates unbegründet, so hat er offenbar weder condemnandi, noch absolvendi potestas; die actio konnte dadurch nicht zerstört werden. Die praescriptiones pro reo waren also Einwendungen mit nicht zerstörender, sondern mit blos aufschiebender oder vielmehr, wie wir uns ausdrücken würden, die Klage nur in der angebrachten Maße zurückweisender Wirkung und kommen mit den praescriptiones pro actore insofern überein, als auch diese in ihrer Art die völlige Consumtion vorläufig hindern. Charakteristisch ist, daß mit ihnen die formula eröffnet wurde; denn die Frage, ob das iudicium aufgeschoben oder nicht einmal veranstaltet werden soll, war allerdings vor allen Dingen zu erörtern[22]), und auch darin lag wieder eine Abweichung von den Exceptionen, welche erst Begründung der Klage voraussetzen[23]). Allerdings hat man die Präscriptionen oft Exceptionen genannt[24]) und dann häufig auch die Exceptionen wieder Präscriptionen, und im Justinianeischen Rechte werden beide Ausdrücke als gleichbedeutend gebraucht[25]), was seinen Grund in dem Aufhören des Formularprocesses

---

20) Vgl. Zimmern a. a. O. §. 97, S. 302 flg.

21) L. 7. pr. D. 2. 8. L. 50. §. 2. L. 52. §. 3. D. 5. 1. L. 13. C. de except. (VIII. 35. (36.).

22) Quinctil. Instit. Orat. VII. 5. nr. 2. 3.: cum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaeri non est necesse. Aurel. Vict. ars. rh. IV. 1. sagt in Bezug auf praescriptio: potius enim est, si litis conditio patitur, adversarium ab actione depellere, quam cum intentionibus eius colluctari. L. 5. C. de pignor. (VIII. 13. (14.)): — si — non causa cognita, sed praescriptione superatum esse constiterit.

23) L. 9. C. de except. (VIII. 35. (36.)).

24) So nennt schon Cic. de invent. (II. 20.) die Clausel: extra quam si in reum capitis praeiudicium fiat eine exceptio, da es doch offenbar nur eine praescriptio war.

25) So in der Ueberschrift des Codextitels Lib. VIII. Tit. 35. (36.) de exceptionibus sive praescriptionibus, und in L. 1. pr. C. VII. 40. kommt der Ausdruck temporales exceptiones vel praescriptiones vor. Daher kommt außer dem gewöhnlichen Ausdrucke exceptio rei iudicatae bisweilen praescriptio rei iudicatae vor, ebenso doli mali praescriptio statt des gewöhnlichen doli mali exceptio (vgl. Brisson. de V. S. s. v. praescriptio). Auch der Ausdruck praescriptio in factum findet sich in L. 23. D. 44. 1. statt des gewöhnlichen exceptio in factum; wie denn auch die Ausdrücke praescriptio peremtoria und dilatoria in L. 8. 12. C. de except. (VIII. 35. (36.) vorkommen und praescribere statt excipere gebraucht wird.

und dem Wegfalle der formula hat, daher nun der formelle Unterschied der praescriptio von der exceptio wegfiel. Daraus, daß die von dem Zeitablaufe hergenommenen Einreden (gerade wie die des incompetenten Gerichtsstandes) fast immer praescriptiones, nämlich temporis, temporalis, annalis u. s. w. heißen[26]) und der Ausdruck exceptio selten dafür gebraucht wird[27]), scheint gefolgert werden zu müssen, daß auch diese wirkliche Präscriptionen gewesen seien. Sie hatten aber jedenfalls exceptivische, d. h. zerstörende Wirkung, wurden aber anfangs wahrscheinlich ebenfalls in der Formel vorangestellt, und sofern sie nur das Klagrecht als erloschen darstellen sollten, vor dem Grunde der Klage von dem iudex in Erwägung gezogen[28]). Die später eingeführte Verjährung von 30 und 40 Jahren bezweckte ja auch die Abschneidung der Untersuchung über den Grund so alter Klagen. Ebenso wurden Appellationen und andere von Fristen abhängige Anträge durch praescriptio zerstört, wenn die Frist ungenutzt verstrichen war[29]). Per formulam wurde dabei gar nicht processirt und der Ausdruck fori praescriptio kommt bei der extraordinaria actio ebenfalls vor[30]). Immerhin war aber die Prüfung der Competenz und der bei uns sog. Formalien für das Eingehen in die Sache selbst präjudiciell. Und so gab es denn noch eine zweite Art von Präscriptionen als solcher Einwendungen, welche zwar zerstörende Wirkung haben, aber mit den Präscriptionen der ersten Art gemeinsam haben, daß sie gleichfalls vor der Sache selbst in Erwägung gezogen werden müssen. Dieser zweite Begriff von Präscriptionen ist umsoweniger zweifelhaft, als es sogar eine praescriptio, ne praeiudicium fiat, mit solcher zerstörender Wirkung gegeben hat. Es war nämlich schon nach älteren kaiserlichen Verordnungen jede gerichtliche Erörterung für unstatthaft erklärt, durch welche der status des seit fünf Jahren Verstorbenen in ein ungünstiges Licht gestellt werden könnte[31]), und daß kein praeiudicium in diesem Sinne erfolge, wurde ebenfalls durch praescriptio bewirkt[32]). Zu dieser zweiten Art der Präscriptionen gehörten nun alle vom Zeitablaufe entlehnten Einwendungen, insbesondre also

26) L. 5. D. 40. 14. L. 76. §. 1. D. 18. 1. Rubr., L. 3. 9. D. de div. temporal. praescript. (44. 3.). L. 45. D. 41. 3. Tit. Cod. de praescript. longi tempor. Tit. Cod. de praescript. XXX vel XL annorum u. s. w.

27) So finden sich die Ausdrücke temporis exceptio, temporalis exceptio, longi temporis exceptio, XXX vel XL annorum exceptio. Vgl. L. 5. D. 44. 3. L. 11. C. VII. 33. L. 7. §. 2. 3. L. 9. C. VII. 39. L. 1. pr. §. 2. C. VII. 40.

28) Wenn sie freilich eine Ersitzung geltend machten, wie die longi temporis praescriptio, wurde allerdings erst die klägerische intentio geprüft. L. 9. C. VII. 33.

29) L. 3. pr. §. 1. L. 19. D. 49. 1. L. 63. §. 2. D. 21. 2. Vatic. fragm. §. 156. 161. 165.

30) L. 50. §. 2. L. 52. §. 3. D. 5. 1.

31) Tit. Dig. ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. (40. 15.).

32) L. 1. §. 2. 3. 4. L. 4. §. 1. D. 40. 15. So wird in diesem Falle der Ausdruck praescribendum est in L. 1. §. 4. D. eod. und praescriptio quinque annorum, quae statum defunctorum tuetur, in L. 2. §. 2. D. eod. gebraucht.

alle auf Verjährung bezüglichen. Für diejenigen Einwendungen, welche den Proceß im Entstehen untergraben können, wird gern der Ausdruck praescribere gebraucht[33]), welcher je später, je weniger streng von excipere unterschieden worden ist. Deshalb ist aber der Sache nach das Unterscheidende der wahren Präscriptionen und wahren Exceptionen nicht weggefallen. — In der Lehre von der Verjährung kommt der Ausdruck praescriptio ursprünglich nur da vor, wo durch die Verjährung weder an sich Rechte erworben, noch verloren wurden, sondern nur ein gerichtlicher Schutz gegen Ansprüche gewährt wird. In diesem Sinne wird von einer longi temporis praescriptio, später von einer praescriptio XXX vel XL annorum gesprochen. Auch der Ausdruck temporales praescriptiones wird in der späteren Kaiserzeit üblich[34]). Streng genommen könnte dieser Ausdruck blos die Verjährungsarten bezeichnen, welche von jeher als praescriptiones gedacht und benannt wurden. Ob im Sprachgebrauche der kaiserlichen Verordnungen der Ausdruck eine weitere Bedeutung gehabt und auch die usucapio mit begriffen habe, wie Unterholzner[35]) meint, kann dahingestellt bleiben; für die Justinianeische Zeit ist dies unzweifelhaft der Fall[36]). — Die Neueren gebrauchen den Ausdruck praescriptio ohne weiteren Zusatz zur Bezeichnung der Verjährung; diese Abweichung vom römischen Sprachgebrauche findet in dem kanonischen Rechte zum Theil ihre Rechtfertigung. Allerdings ist, wie Möllenthiel[37]) mit Recht bemerkt, im Corpus iuris canonici eigentlich nur über die Verjährungsarten etwas bestimmt, welche einen Besitz voraussetzen und daher auf den Namen der Ersitzung Anspruch haben, wie sich theils aus dem Durchlesen der hierher gehörigen Titel, theils auch aus der Regel: sine possessione praescriptio non procedit[38]), ergiebt. Indessen geht aus diesem mehr zufälligen Umstande noch kein eigenthümlicher Sprachgebrauch hervor und es wird sich wohl mit Unterholzner[39]) behaupten lassen, daß die kanonischen Quellen unbedenklich den Ausdruck praescriptio gebraucht haben würden, wenn sich eine Veranlassung dargeboten hätte, von einer Verjährung durch reine Rechtsversäumniß zu sprechen[40]). Noch viel abweichender vom

33) L. 12. pr. D. 5. 2. L. 34. §. 3. L. 77. §. 30. D. 31.

34) Daher die Rubrik des Digestentitels de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 3.)

35) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 11, 126.

36) L. 30. C. V. 12.

37) Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (Erlangen 1820) S. 122.

38) Cap. 3. de reg. iur. in VI.

39) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 12, N. 14.

40) Allerdings ist die Klagenverjährung dem kanonischen Rechte nicht unbekannt; sie wird aber dort nicht als selbstständiges Institut behandelt, wie dies schon aus der Aufzählung der Verjährungsarten in can. 13. caus. 16. qu. 4. hervorgeht. Zwar wird im cap. 6. X. II. 26. vom Erlöschen der Klage gesprochen, aber nur in Beziehung auf Quasibesitz. Möllenthiel a. a. O. S. 122, N. 305.

echtrömischen Sprachgebrauche ist der Gebrauch des Ausdruckes praescribere bei den Neueren, ganz in derselben Bedeutung und in demselben Umfange, wie der teutsche Ausdruck verjähren gebraucht wird, so daß man von rem praescribere, servitutem praescribere, actionem praescribere spricht. Die Zweideutigkeit des teutschen Ausdruckes findet man bei diesem Verfahren natürlich auch im Lateinischen, z. B. servitutem praescribere bezeichnet sowohl das Erwerben einer Servitut durch Verjährung, als das Erlöschen einer solchen auf diesem Wege. Dieser Sprachgebrauch, ob ihm gleich auch die kanonischen Quellen, wenigstens zum Theil, folgen, verdient aber verlassen zu werden. Bei Aufhebung eines Anspruches durch Verjährung kann man nach echtrömischem Sprachgebrauche sagen: actioni praescribitur, nicht actio praescribitur[41]).

B. Quellen. Es kommen hier Quellen des römischen Rechtes und Quellen des kanonischen Rechtes in Betracht. Unter den ersteren sind Vorjustinianeische und Justinianeische zu unterscheiden; erstere sind nicht minder wichtig als die letzteren. Die Aufzählung der einzelnen Quellen geschieht in der Note[42]).

---

41) Doch kommt in L. 5. C. IX. 35. vor: cum iniurarium actio annuo tempore praescripta sit.

42) I. Quellen des römischen Rechtes: A. Vorjustinianeische: 1) Gai. Inst. Comm. II. §. 40—61. 2) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 2. (de usucapione). 3) Theod. Cod. Lib. IV. Tit. 13. De longi temporis praescriptione. Tit. 14. De actionibus certo tempore finiendis. Tit. 15. De quinquennii praescriptione. Es wird auf die Ausgabe von Hänel, Bonn 1837, verwiesen. 4) Novellae Valentiniani III. Tit. XXVI. De triginta annorum praescriptione omnibus causis opponenda. Tit. XXXIV. De episcopali iudicio et de diversis negotiis. Es ist nach der Ausgabe von Hänel, Bonn 1844, citirt. B. Justinianeische: 1) Inst. Lib. II. Tit. 6. De usucapionibus et longi temporis praescriptionibus. Lib. IV. Tit. 12. De perpetuis et temporalibus actionibus. 2) Digesta (bei den anzuführenden Titeln wird sogleich auf die entsprechenden Titel der Basiliken nach meiner Ausgabe verwiesen) Lib. XLI. Tit. 3. De usurpationibus et usucapionibus. — Basil. Lib. L. Tit. 3. (Heimb. T. V. p. 55—62.) Tit. 4. Pro emtore. — Basil. Lib. L. Tit. 4. (Heimb. T. V. p. 64—66.) Tit. 5. Pro herede. — Basil. Lib. L. Tit. 5. (Heimb. T. V. p. 67.) Tit. 6. Pro donato. — Basil. Lib. L. Tit. 6. (ibid. p. 68.) Tit. 7. Pro derelicto. — Basil. Lib. L. Tit. 7. (ibid. p. 69.) Tit. 8. Pro legato. — Basil. Lib. XLIV. Tit. 25. (T. IV. p. 463.) Tit. 9. Pro dote. — Basil. Lib. L. Tit. 8. (T. V. p. 69 sq.) Tit. 10. Pro suo. — Basil. Lib. L. Tit. 9. (ibid. p. 70.) Lib. XLIV. Tit. 3. De diversis temporalibus praescriptionibus et accessionibus possessionum. — Basil. Lib. LI. Tit. 3. (ibid. p. 92—94.) 3. Codex: Lib. II. Tit. 35. (36.) Si adversus usucapionem. — Basil. Lib. X. Tit. 18. (T. I. p. 526.) Tit. 52. (53.) De temporibus in integrum restitutionis, tam minorum et aliarum personarum, quae restitui possunt, quam etiam heredum eorum. — Basil. Lib. X. Tit. 34. (T. I. p. 540—543.) Lib. VII. Tit. 21. Ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. — Basil. Lib. XLVIII. Tit. 11. cap. 5—12. (T. IV. p. 742—745.) Tit. 22. De longi temporis praescriptione, quae pro libertate et non adversus libertatem opponitur. — Basil. Lib. XLVIII. Tit. 24. (Tit. IV. p. 789.) Tit. 25. De nudo iure Quiritium tollendo. Tit. 26. De usucapione pro emtore vel transactione. — Basil. Lib. L. Tit. 4. cap. 14—22. (T. V. p. 66 sq.) Tit. 27. De usucapione pro donato. — Basil. Lib. L. Tit. 6. cap. 7—9. (ibid. p. 69.)

C. Literatur. Es kann hier nicht am Orte sein, eine vollständige Nachweisung der Schriftsteller, welche in der Verjährungslehre gearbeitet haben, zu geben; nur diejenigen, welche Bedeutenderes geleistet haben, sind hier namhaft zu machen[43]). Eine Uebersicht der Schriften, welche sich auf das Allgemeine beziehen, sammt Beurtheilung giebt Unterholzner[44]). Wir heben Folgendes hervor. 1) Unter den Schriftstellern, welche die Erläuterung der Quellen zum unmittelbaren Zwecke haben, ist besonders Cujacius zu nennen, dessen Erläuterung der acht letzten Titel des 41. Buches der Digesten ausgezeichnet ist. 2) Unter den Schriftstellern, welche eine geordnete Darstellung des ganzen Verjährungsrechtes oder doch einzelner Theile desselben gegeben haben, ist ein kurz nach Justinian geschriebenes, gewöhnlich einem gewissen Eustathius zugeschriebenes Werk *Αἱ ῥοπαί*, eine Zusammenstellung der die verschiedenen Zeiträume und Fristen betreffenden Stellen der Justinianeischen Rechtsbücher, zu erwähnen[45]). Unter den der neueren Zeit angehörigen verdient bemerkt zu werden eine Schrift von Hieron. Groslotius, welche sich auf die Eigenthumsverjährung bezieht[46]), bei deren Würdigung nicht zu vergessen ist, daß Cujacius

---

Tit. 28. De usucapione pro dote. — Basil. Lib. L. Tit. 8. cap. 3. (ibid. p. 70.) Tit. 29. De usucapione pro herede. — Basil. Lib. L. Tit. 5. cap. 5—8. (ibid. p. 68.) Tit. 10. Communia de usucapionibus. — Basil. Lib. L. Tit. 5. cap. 5. pars prior. (ibid. p. 68.) Tit. 10. cap. 1—3. (ibid. p. 71.) Tit. 31. De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi. — Basil. Lib. L. Tit. 10. cap. 4. (ibid. p. 71.) Tit. 33. De praescriptione longi temporis X vel XX annorum. — Basil. Lib. L. Tit. 11. (ibid. p. 71. 72.) Tit. 34. In quibus causis cessat longi temporis praescriptio. — Basil. Lib. L. Tit. 12. cap. 1—5. (ibid. p. 73. 74.) Tit. 35. Quibus non obiicitur longi temporis praescriptio. — Basil. Lib. L. Tit. 12. cap. 6—13. (ibid. p. 74.) Tit. 36. Si adversus creditorem praescriptio opponatur. — Basil. Lib. L. Tit. 14. cap. 1. 2. (ibid. p. 78.) Tit. 37. De quadriennii praescriptione. — Basil. Lib. L. Tit. 13. cap. 1—3. (ibid. p. 74 —77.) Tit. 38. Ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione submoveatur. — Basil. Lib. L. Tit. 13. cap. 4—6. (ibid. p. 77.) Tit. 39. De praescriptione XXX vel XL annorum. — Basil. Lib. L. Tit. 14. cap. 3—10. (ibid. p. 78—82.) Tit. 40. De annali exceptione Italici contractus tollenda, et de diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus earum. — Basil. Lib. L. Tit. 15. (ibid. p. 83. 84.) 4) Novellae. Nov. IX. Ut etiam ecclesia Romana centum annorum gaudeat praescriptione. Nov. CXI. Innovatio constitutionis, quae praescriptionem centum annorum venerabilibus locis dederat. Nov. CXIX. cap. 7. 8. Nov. CXXXI. cap. 6. II. Quellen des kanonischen Rechtes. 1) Decretum Gratiani. Causa XVI. qu. 3. 4. 2) Decretales Gregorii IX. Lib. II. Tit. 26. De praescriptionibus. 3) Liber Sextus Decretalium, Lib. II. Tit. 13. De praescriptionibus.

43) Eine möglichst vollständige Nachweisung findet sich in Lipenii, bibl. realis iuridica, und den Ergänzungen dazu von Schott, Senkenberg und Madihn. Die Stellen führt an Unterholzner a. a. O. Bd. 1, N. 21, S. 18 flg.

44) Unterholzner Bd. 1, S. 19—26.

45) Vergl. darüber des Verfassers Artikel Quellen des römischen Rechtes Bd. VIII. S. 847.

46) Hieron. Groslotius, de usucapionibus libellus, in Otto, Thes. iur.

damals noch nicht in dieser Lehre geschrieben hatte. Weniger bedeutend sind die Leistungen von Duarenus[47]) und Tiraquellus[48]) in dieser Lehre. Die Commentarii iuris civilis von Donellus sind auch in der Verjährungslehre ausgezeichnet[49]). Eine fleißig gearbeitete Abhandlung über mehrere wichtige Lehren des Verjährungsrechtes ist von de Retes[50]). Ferner gehören hierher die Schriften von Branchu[51]) und von Maiansius[52]). Die Schrift von Estor[53]), deren Titel auf die Verwirrung der Lehre der Usucapion hinweist, hat das Verworrene nicht entwirrt; sie besteht aus einer Reihe einzelner, etwas planlos an einander gereihter Abhandlungen und enthält großentheils geschichtliche Untersuchungen ohne erhebliches Resultat. Auf die Verjährung bei dem Pfandrechte insbesondre beziehen sich mehrere Abhandlungen von Schmid[54]). Durch Vollständigkeit empfiehlt sich das Werk von Rave[55]). Hauptsächlich das französische Recht vor der Codification in Bezug auf die Verjährung durch fortgesetzten Besitz behandelt Po=

T. V. col. 1—26. nach der Bemerkung von Otto in der Vorrede zu Paris 1538 erschienen.

47) Die Vorlesungen des Duarenus über Tit. 3—10. Lib. XLI. Digest. (Opp. Lugd. 1584.) enthalten nur kurze Zusammenstellungen des Inhaltes dieser Titel.

48) Sein Tractatus de praescriptionibus ist eine lateinisch geschriebene Erläuterung des Stadtrechtes von Paris.

49) Die Lehre ist bei ihm zerstreut vorgetragen, z. B. Lib. V. cap. 14—31. Lib. XI. cap. 11. 12.

50) Ioh. Ferd. de Retes, Ad leges, edicta, principum constitutiones, ex quibus prohibita usucapio est, selectio succisiva. Accedit ad Leges Atiniam, Plautiam, Iuliamque de vi et repetundarum disquisitio. 1663.: neu abgedruckt in Meerman, Thes. iur. Tit. VI. p. 464—488. Diese Abhandlung verbreitet sich namentlich über die lex Scribonia, lex Iulia de fundo dotali, über die Oratio Severi wegen Veräußerung der Sachen der Minderjährigen, über die Bestimmungen des prätorischen Edictes wegen der alienatio iudicii mutandi causa und wegen Veräußerung der res litigiosae, endlich über die Justinianeischen Gesetze wegen der bona adventitia und über die lex Mamilia.

51) Branchu, Observationum ad ius Romanum Dec. II. (Lugd. Bat. 1721—1723.) enthält folgende Abhandlungen. Cap. 17. De servitutum usucapione. Cap. 18. Unica ex causa possideri. Cap. 19. De facti errore circa titulum possessionis in usucapione. Cap. 20. De usucapione per herede.

52) Seine Vorlesungen über die usucapio stehen in den Disputat. iur. T. II. Disp. 50—68. p. 243—347.

53) Estor, Entwurf der verworrenen Lehre von der römischen Usucapion und der langwierigen Ersitzung. Marburg 1756.

54) Schmid, Opuscula de praescriptione praesertim circa pignus secundum omne ius, quo in Germania utimur, considerata (Ien. 1781.). Sie enthalten fünf Abhandlungen: 1) De praescriptione tam certi, quam incerti temporis (p. 1—86). 2) De praescriptione actionis pignoratitiae directae et contrariae (p. 87—194). 3) De praescriptione actionis hypothecariae (p. 195—220). 4) De praescriptione feudali acquisitiva (p. 221—284). 5) De accommodatione praescriptionis feudalis acquisitivae ad feudum pignoratitium, merum pignus allodiale, feudum oppigneratum et retrovendibile (p. 285—334).

55) Rave, Principia universae doctrinae de praescriptionibus, zuerst Ien. 1766, zuletzt cura Eichmanni. Hal. 1790.

thier[56]). Das Buch von Westphal[57]) ist mit Recht der Vergessenheit anheim gefallen. Der Pandektencommentar von Glück, mit seinen Fortsetzungen, obgleich er noch nicht bis zu den Digestentiteln gekommen ist, welche die Hauptquellen des Verjährungsrechtes sind, berührt aber doch so viele einzelne Punkte dieser Lehre, daß er hier nicht übergangen werden kann. Die Schrift von Thibaut[58]) enthält nicht blos eine schätzbare Uebersicht der ganzen Verjährungslehre, sondern auch hin und wieder im einzelnen eigenthümliche Ausführungen und Bemerkungen. Das Werk von Dabelow[59]) theilt das Schicksal des Westphal'schen. Die Schrift von Kori[60]) hat wegen der durchgeführten sorgfältigen Berücksichtigung des sächsischen Rechtes einen eigenthümlichen Vorzug, während sie für das gemeine Recht weniger Bedeutung hat; jenen Vorzug haben aber noch in höherem Grade die Abhandlungen von Bauer[61]) und Haubold[62]). Eine neue Epoche in der Literatur machte das anfangs nur auf die Verjährung durch fortgesetzten Besitz beschränkte Werk von Unterholzner[63]). Eine spätere Bearbeitung desselben ist nach einem umfassenderen Plane angelegt und erstreckt sich auf die gesammte Verjährungslehre, berücksichtigt auch nicht blos das römische und kanonische, sondern auch das teutsche Recht[64]). Es ist dieses bis jetzt das Hauptwerk über die ganze Lehre. Von späteren Werken sind noch zu nennen die von Reinhardt[65]) und Hameaux[66]).

---

56) Pothier, Traités de la possession et de la préscription (erschienen zu Paris und Orleans 1772 als Tom. 2. in Beziehung auf den Traité du droit de domaine de propriété) p. 128 bis an das Ende.

57) Westphal, System des römischen Rechtes über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung. 3 Bde. Leipzig 1788. Hierher gehört Bd. 3, wo §. 497—839 das Recht der Verjährung behandelt wird. Ein sehr ungünstiges Urtheil fällt Savigny, Recht des Besitzes S. XXXVII flg. 6. Ausg.

58) Thibaut, über Besitz und Verjährung. Jena 1802. Hierher gehört die zweite Hälfte von S. 77—202.

59) Dabelow, über die Verjährung. 2 Bde. Halle 1805, 1807. Ein ungünstiges Urtheil fällt Unterholzner, Verjährung durch fortgesetzten Besitz S. 20 und gesammte Verjährungslehre Bd. 1, S. 24.

60) Kori, Theorie der Verjährung nach gemeinen und sächsischen Rechten, Leipzig 1811.

61) Bauer, Progr. de Saxonica rei immobilis usucapione. Lips. 1761. und in Opusc. acad. T. I. p. 308—319.

62) Haubold, Progr. de origine atque fatis usucapionis rerum mobilium Saxonicae. Lips. 1797. und in Opusc. T. II. p. 37 sq.

63) Unterholzner, die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz; dargestellt nach den Grundsätzen des römischen Rechtes. Breslau 1815.

64) Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Teutschland geltenden Rechten. 2 Bde. Leipzig 1828.

65) Reinhardt, die Usucapio und Praescriptio des römischen Rechtes. Stuttgart 1832. Das Buch ist in derselben Manier geschrieben, wie desselben Verfassers Ergänzungen zu Glück's Pandektencommentar; es enthält viel verschrobene und zum Theil ganz falsche Ansichten.

66) Hameaux, die usucapio und longi temporis praescriptio; eine historisch-dogmatische Erläuterung der L. un. C. de usucap. transform. 1835.

3) Es giebt auch besondere Sammlungen kleinerer Schriften über das Verjährungsrecht[67]). Einzelne Abhandlungen, welche einzelne Gegenstände des Verjährungsrechtes betreffen, sind am gehörigen Orte anzuführen.

D. Plan des Folgenden. Bei der Darstellung der Lehre befolgen wir im ganzen den Plan von Unterholzner, jedoch mit der Abweichung, daß wir, abgesehen von den allgemeinen Grundsätzen, welche die Verjährung überhaupt betreffen und die hier jedenfalls ihren Platz finden müssen, uns auf diejenigen Arten der Verjährung beschränken, welche nicht schon in früheren Artikeln abgehandelt worden sind, nämlich auf die Eigenthumserfitzung, die Klagenverjährung und die unvordenkliche Verjährung sowie auf die peinliche Verjährung. Ausgeschlossen ist die Lehensverjährung[68]), die Verjährung bei dem Pfandrechte, namentlich bei der hypothekarischen Klage[69]), die Verjährung bei den Reallasten[70]), die Verjährung bei Servituten[71]). Wir handeln in einem allgemeinen Theile in dessen erster Abtheilung von den Verjährungsarten mit bestimmter Dauer, in der zweiten von der unvordenklichen Verjährung. In jeder Abtheilung wird zuerst eine historische Uebersicht gegeben und dann folgt eine Zusammenstellung der Rechtsgrundsätze, in der ersten Abtheilung der allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Verjährung, in der zweiten über unvordenkliche Verjährung. Der besondere Theil enthält dann einzelne Verjährungsarten, in der ersten Abtheilung die Verjährung bei dem Eigenthum, in der zweiten die Verjährung bei den Schuldforderungen, in der dritten die Verjährung im Strafrechte.

Allgemeiner Theil.

Erste Abtheilung. Verjährungsarten mit bestimmter Dauer.

I. Geschichtliche Uebersicht[72]). A. Die Verjährung im römischen Rechte. AA. Usucapio. Die älteste Art der Verjährung im römischen Rechte ist die usucapio, welche als eine Erwerbungsart des Eigenthums erwähnt wird und bis zur lex Scribonia auch

---

67) Mehrere derselben macht namhaft Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 25 flg.

68) Vgl. den Artikel Lehensverjährung Bd. VI, S. 606—621.

69) Vgl. den Artikel Pfandrecht Bd. VIII, S. 42 flg.

70) Vgl. den Artikel Reallasten Bd. IX, S. 110—115, 116, 119—123.

71) Vgl. den Artikel Servituten Bd. X, S. 292—314, 324—334.

72) Von Schriften sind hier auszuzeichnen: Raevardi Tribonianus, sive de veris usucapionum differentiis contra Tribonianum. Antv. 1561. Galvani, Diss. de usucapionibus et longi temporis praescriptionibus (als cap. XI. seinen diss. variae de usufructu, zuerst Patav. 1560, zuletzt Tubing. 1788 erschienen). Conradi, historia usucap. et longi temp. praescript. als Einleitung zu der von ihm herausgegebenen triga libellorum Lips. 1728. Schunk (praes. Rivino) Diss. de usucap. statu sec. ord. chronol. a XII tabul. ad temp. Iustiniani. Viteb. 1756. Gros, Geschichte der Verjährung nach dem römischen Rechte. Göttingen 1793.

zur Begründung von Servituten diente[73]). Sie wird von den Alten als eine erwerbende Verjährung und zwar insbesondre als eine Erwerbungsart des Eigenthums behandelt[74]). Wesentliche Bedingung der usucapio ist Besitz der Sache, welcher während der ganzen Verjährungszeit ununterbrochen bestanden haben muß, wovon später noch zu handeln sein wird. Die Verjährungszeit ist ursprünglich sehr kurz, bei beweglichen Sachen ein Jahr, bei unbeweglichen zwei Jahre; sie ist später von Justinian für erstere auf drei Jahre, für letztere auf 10 oder 20 Jahre verlängert worden. Die usucapio ist übrigens manchen Beschränkungen unterworfen, welche zum Theil schon der ältesten Zeit angehören, zum Theil auch erst später eingeführt worden sind. Namentlich sind schon früh, vielleicht vom ersten Anfange an, gewisse Gegenstände der usucapio entzogen worden und diesen schlossen sich im Laufe der Zeit immer mehrere an. Ein ferneres wichtiges Erforderniß ist das des redlichen Besitzes. Die usucapio gilt bei den römischen Juristen als ein eigenthümlich römisches Rechtsinstitut[75]) und wird auf die 12 Tafeln zurückgeführt[76]). Auch die Ausschließung einzelner Gegenstände von der usucapio, z. B. der Grenzraine und des forum bustumve (wovon später) wird den 12 Tafeln zugeschrieben. Daher sind auch zwei Stellen des Cicero[77]), in welchen derselbe von einer das Recht der usucapio betreffenden lex spricht, auf die 12 Tafeln zu beziehen. Die usucapio wird in den 12 Tafeln mit dem Ausdrucke usus auctoritas bezeichnet. Ueber die Bedeutung dieses Ausdruckes ist zwar von jeher viel Streit gewesen[78]), dessen weitere Erörterung jedoch, als dem Zwecke des Wer-

---

73) Vgl. den Artikel Servituten Bd. X, S. 293.

74) Nach der Begriffsbestimmung bei Ulpian. Fragm. Tit. XIX. §. 8. ist sie entschieden eine erwerbende Verjährung. „Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii; rerum mobilium anni, immobilium biennii.“ Fast gleichlautend sind die Begriffsbestimmungen des Modestinus in L. 3. D. 41. 3. und des Isidorus, Orig. V. 26. In der ersteren Stelle heißt es: Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. Statt adiectio haben hier Manche vorgeschlagen, adeptio zu lesen, was Andere wieder überflüssig gefunden haben. Möglicherweise liegt hierin ein von den Compilatoren nicht getilgtes Ueberbleibsel der anderen Bestimmung der Usucapion, bonitarisches Eigenthum in quiritarisches zu verwandeln.

75) Gai. Inst. Comm. II. §. 65. §. 6. Inst. II. 5. Pr. Inst. II. 6.

76) Gai. l. c. II. §. 42. 54. Theoph. Paraphr. ad pr. Inst. II. 6.

77) Cic. Top. c. 4. Orat. pro Caecina c. 19. Diese Stellen haben den Auslegern von jeher viel zu schaffen gemacht. Schon die Lesart ist zweifelhaft. Vgl. Dirksen, über die Zwölftafelfragmente S. 409.

78) Vgl. Puchta, civil. Abhandl. S. 1—71. Ballhorn-Rosen, über Dominium (Lemgo 1822) S. 233—296. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 32—38. Wir beschränken uns auf eine kurze Darstellung der hauptsächlichsten verschiedenen Meinungen. Zuvörderst darf in der ersten Stelle (Top. c. 4.) usus nicht als Genitiv genommen werden, weil nach der zweiten Stelle (pro Caec. 19.) usus und auctoritas als in gleichem Casus stehend gedacht werden. Puchta und Ballhorn verstehen unter usus in diesen Stellen Besitz;

kes fremd, unterlassen wird. — Ueber die Zeit vor den 12 Tafeln lassen sich blos Vermuthungen aufstellen. Unwahrscheinlich ist es, daß die

Unterholzner hält die Bedeutung des usus als eines Nutzungsrechtes für näher liegend und zur Erklärung der Stelle für passender. Ueber die Bedeutung von auctoritas herrscht große Meinungsverschiedenheit. Ballhorn, welcher autoritas schreibt, es von αὐτώρης (unabhängig, selbstständig) ableitend, nimmt Selbstständigkeit und Unabhängigkeit (im Reden, Handeln, Befehlen) als Grundbedeutung an. In den erwähnten Stellen versteht er unter auctoritas „das blos förmliche, juristisch giltige Eigenthum, welches der dominus einer Sache behielt, indem er durch einfache Tradition derselben nur den usus, d. i. das blos materielle Eigenthum auf den Accipienten übertrug", kurz das Römereigenthum ohne den usus, was man später nudum ius Quiritium nannte, nur in specieller Beziehung auf die wegen des Gegenstandes desselben allein von dem dominus ex iure Quiritium selbst vorzunehmenden feierlichen Actionen. Schon früher hat Donellus (Comm. iur. civ. Lib. V. cap. 20. §. 8.) den Ausdruck auctoritas als gleichbedeutend mit Eigenthum genommen. Nach dieser Ansicht Ballhorn's, welcher es nicht einmal für ausgemacht ansieht, daß usus und auctoritas in jener Zusammenstellung neben einander und in demselben Satze in den 12 Tafeln wirklich vorgekommen seien, ist der Ausdruck usus auctoritas auf ähnliche Weise zu erklären wie der Ausdruck emtio venditio, locatio conductio; wenn nämlich gesagt ist, der usus und die auctoritas sollen zwei Jahre dauern, so würde usus auf den neuen Erwerber, auctoritas auf die Ansprüche des bisherigen Eigenthümers zu beziehen sein. Nach Puchta bezeichnet usus auctoritas das durch usus entstandene Eigenthum: auctoritas ist ihm also „die rechtliche Giltigkeit des (durch die usucapio entstandenen) Verhältnisses zugleich mit dem bestimmteren Sinne der Geltendmachung vor Gericht." Unterholzner hält wegen der Vieldeutigkeit des Wortes auctoritas jede Erklärung für unsicher, glaubt aber, daß der von Puchta eingeschlagene Weg den Vorzug verdiene, weil die Annahme, daß usus und auctoritas zweierlei, gewissermaßen entgegengesetzte Begriffe bezeichnen, immer etwas gegen sich habe. Nach ihm schlingt sich durch die vielfachen Bedeutungen von auctoritas die eines rechtlichen Schutzes hindurch, welche denn auch in mehreren Stellen (Cic. pro Caecina c. 26. L. 26. D. 39. 3.) geradezu hervortrete. Aus ihr lasse sich bequem eine andere Bedeutung ableiten, infolge welcher auctoritas den Anspruch auf Gewährleistung im Falle der Eviction bezeichnet. Paul. Sent. Lib. V. Tit. 10. rubr. Tit. 17. §. 1. 3. L. 43. pr. D. 13. 7. Nicht fern liege die Bedeutung, wo auctoritas den rechtlichen Erwerbsgrund für eine Sache, z. B. den Kauf, bezeichnet, wohin die Stellen gehörten, wo von instrumentum auctoritatis (L. 43. pr. D. 13. 7.) und von auctoritatis tabellae (Senec. controv. Lib. III. v. 21. fin.) die Rede ist. Auch erkläre sich aus jener Grundbedeutung leicht, wie auctoritas zur Bezeichnung einer (förmlich kund gegebenen) rechtlichen Entschließung oder Genehmigung (z. B. Senatus auctoritas, tutoris auctoritas) gebraucht werden könne. Wenn ferner auctoritas so viel als „Urkunde" und iuris (legis) auctoritas so viel als „rechtliche Bestimmung, Anordnung" bezeichne, so sei auch hier der Urbegriff unverkennbar. Selbst die im Sprachgebrauche des gemeinen Lebens sich vorfindenden Bedeutungen von „Quelle, Zeugniß, Ansehen" wiesen auf den Grundbegriff zurück. Auf ähnliche Weise schlössen sich die Bedeutungen von auctor an den ursprünglichen Begriff der Gewährleistung, Sicherung und Beschützung an. So bezeichne auctor den Vorgänger im Besitze, den (durch förmlich kund gegebenen) Beitritt Genehmigenden (z. B. patres auctores fiunt, tutor auctor fit), den Führer, Urheber u. s. w. In der von Cicero berücksichtigten Stelle der 12 Tafeln legt Unterholzner dem Ausdrucke auctoritas die Bedeutung der (durch den Ablauf der Verjährungszeit herbeizuführenden) Befestigung und Sicherung des Besitzes gegen Ansprüche Dritter bei, was man die rechtliche

usucapio von den Verfassern der zwölf Tafeln erst erfunden worden sei. Außerdem kann man entweder die Giltigkeit der Usucapion als einheimisches Recht in Rom bereits vor den 12 Tafeln oder Verpflanzung aus einem fremden Rechte in die neuen Gesetze annehmen. Letzteres, und namentlich eine Uebertragung aus der Solonischen Gesetzgebung, ist aber sehr unwahrscheinlich [79]), und es dürfte das Erstere umsomehr anzunehmen sein, als die Usucapion, wie bemerkt, als ein eigenthümlich römisches Institut bezeichnet wird. BB. Aufhebende Verjährung der Servituten [80]). CC. Longi temporis praescriptio. Dunkel ist der Ursprung derjenigen Verjährungsart, welche dem römischen Rechte unter dem Namen der longi temporis praescriptio bekannt ist [81]). Sie dient zur Befestigung des Besitzes und gewährt demjenigen,

Gewere mit einem Ausdrucke des älteren teutschen Rechtes nennen könne. Die Zusammenstellung der Worte usus und auctoritas mache dies wahrscheinlich. Usus auctoritas (so viel als usus et auctoritas) wäre demnach Nutzungsrecht und (rechtliche) Gewere, mithin ein umschreibender Ausdruck für Ersitzung. So werde auch in älteren teutschen Rechtsquellen die Verjährung auf eine, der römischen nicht unähnliche Weise umschrieben, z. B. in der Reformation des bayer. Landrechtes von 1518, wo Tit. 23, Art. 5 der Ausdruck „Nutz und gewer sitzen" und Tit. 23, Art. 8 der Ausdruck „in nützlicher Gewer sitzen" vorkommt. Ganz verwerflich findet Unterholzner die Ansicht, daß auctoritas allein stehend die usucapio bezeichnen könne, welche Bedeutung diesem Worte in der Vorschrift der 12 Tafeln: adversus hostem aeterna auctoritas esto, und in der Vorschrift der lex Atinia: rei furtivae aeterna auctoritas esto häufig beigelegt wird. Er erklärt sich gegen diese Ansicht ausführlicher Bd. 1, S. 107, 197. Reinhardt, die usucapio und praescriptio §. 28, S. 43 flg. geht davon aus, die usucapio habe ursprünglich nur den Mangel der mancipatio oder in iure cessio ersetzen können; er folgert hieraus, daß eine Sache, welche nicht mit dem Willen des Eigenthümers in die Hände des Usucapirenden gerathen war, gar nicht usucapirt werden konnte; sollte nämlich durch den usus, den fortgesetzten Gebrauch der Sache, welcher sich zu der usucapio — der Erwerbung des unförmlich übertragenen Rechtes — wie Mittel zum Zwecke verhielt, eine usucapio entstehen können, so habe auch usus auctoritas vorhanden sein müssen. Der usus selbst ohne usus auctoritas habe noch keine Usucapion bewirkt. Die usus auctoritas habe aber nicht von dem Usucapienten selbst ausgehen können, sondern von demjenigen, welcher ihm den usus überlassen hatte, ausgehen müssen; es mußte nämlich, neben dem Usucapienten, Jemand vorhanden sein, von welchem er, als seinem auctor, sein ius utendi ableitete. Usus ohne dominium, nämlich eines Anderen, sei nicht denkbar gewesen; eben deswegen aber sei neben dem utens, welcher nicht dominus war, ein dominus, d. h. ein auctor utentis, nothwendig. Mit Vollendung des usus und der dadurch eingetretenen Usucapion sei der utens, welcher ja eben hierdurch dominus wurde, sein eigener auctor geworden; der usus sei mit der auctoritas und dem dominium zusammengefallen; nach vollendeter Usucapion erscheine der von dem dominium abhängige usus nicht mehr als etwas von diesem Getrenntes, sondern vielmehr als ein integrirender Theil oder als ein Ausfluß aus demselben. Auctoritas sei daher, so lange es nur Ein dominium gab, nur dieses, und nach dem Aufkommen des bonitarischen Eigenthums das nudum ius Quiritium gewesen.

79) Vgl. darüber Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 39.

80) Vgl. den Art. Servituten Bd. X, S. 292 flg.

81) Sie heißt auch longae possessionis praescriptio (L. 3. 12. D. 44. 3. L. 76. D. 18. 1.), diuturni silentii praescriptio (L. 1. C. IV. 52.), diutinae posses-

welcher 10 oder 20 Jahre hindurch unter Voraussetzung der sonst noch erforderlichen Bedingungen besessen hat, Schutz gegen fremde Ansprüche. Bestritten ist, ob dieser Schutz blos dem Eigenthumsbesitzer oder auch solchen, welche blos einen abgeleiteten Besitz haben, zu Theil werden soll. Gewiß aber ist, daß sie nicht blos gegen Eigenthumsansprüche, sondern auch gegen pfandrechtliche Ansprüche Schutz gewährt[82]). Insofern die longi temporis praescriptio den Eigenthumsbesitzer gegen Eigenthumsansprüche sicherstellt, nähert sie sich in ihren Wirkungen der usucapio und dient zur Ergänzug derselben. Insofern durch sie der Eigenthumsbesitzer gegen pfandrechtliche Ansprüche geschützt wird, hat sie die Wirkungen einer aufhebenden Ersitzung. Ob die longi temporis praescriptio ursprünglich zur Ergänzung der usucapio bestimmt gewesen und erst nachher zur Beseitigung des Pfandrechtes angewendet worden ist oder ob gerade umgekehrt die Beseitigung des Pfandrechtes die Hauptsache war und die Anwendung der longi temporis praescriptio zur Ergänzung der usucapio später hinzugekommen ist oder endlich ob beiderlei Wirkungen gleich ursprünglich sind, das sind Fragen, worüber lediglich Conjecturen aufgestellt werden können. Ebenso ist es bestritten, ob die longi temporis praescriptio ursprünglich bei beweglichen Sachen stattgefunden habe. Hameaux[83]) hält sie für ursprünglich zum Schutze der possessiones agri publici eingeführt und nimmt eine allmälige Ausdehnung derselben auf praedia vectigalia, als neuere Form des ager publicus, weiterhin auf die praedia provincialia sowie auf die praedia in Italico solo an[84]), bestreitet aber ihre Anwendung auf bewegliche Sachen, während umgekehrt die Meisten dieselbe annehmen[85]). Ist man nicht

---

sionis praescriptio (L. 9. D. 44. 3.), longa praescriptio (Paul. Sent. Lib. V. Tit. 5. §. 8.)

82) L. 7. 14. C. IV. 10. L. 19. C. de evict. (VIII. 44. (45.)). L. 12. D. 44. 3.

83) Hameaux a. a. O. S. 17 flg.

84) Ebd. S. 26 flg.

85) Hameaux S. 41 flg. stützt sich hierbei zuvörderst auf L. 2. C. VII. 34., ein Rescript Diocletian's und Maximian's, in welchem er eine absolute Ausschließung der l. t. p. bei Mobilien findet. Diese Stelle enthält aber weiter nichts als den Satz, daß, da bei Sclaven Usucapion zulässig sei, es überflüssig sei, auf die Frage von der longi temporis praescriptio zu kommen. Daraus geht aber noch nicht die Unstatthaftigkeit der letzteren bei Mobilien hervor. Er findet eine weitere Bestätigung für seine Ansicht in L. 3. D. 44. 3. von Modestin (vgl. Hameaux a. a. O. S. 49—53). Diese Stelle, obgleich sie im allgemeinen es als einen unzweifelhaften Satz (certum est) ausspricht, daß die longae possessionis praescriptio sowohl in praediis als in mancipiis stattfinde, versteht er mit Cuiacius, Paratitla in Cod. tit. in quib. caus. cessat l. t. praescriptio (VII. 34.) von mancipia rustica, welche für einen Theil des Grundes und Bodens gelten, und weil sie den Immobilien adhäriren, wie diese zu behandeln sind, mithin als Theile des Grundstückes der l. t. praescriptio unterworfen gewesen seien. Eine fernere Bestätigung der von ihm vertheidigten Ansicht soll L. 1. C. VI. 1. enthalten, wo es heißt: „Servum fugitivum sui furtum facere, et ideo non habere locum rei usucapionem, nec longi temporis praescriptionem, manifestum est: ne servorum

einmal über den ursprünglichen Zweck der longi temporis praescriptio im Klaren, so ist man es ebensowenig über die Zeit ihrer Entstehung. Pohl[86]) glaubt, daß es schon zur Zeit der lex Plautia eine longi temporis praescriptio gegeben habe; er hat aber übersehen, daß die von ihm dafür angeführte Stelle[87]) ursprünglich von der usucapio spricht und bei ihrer Aufnahme in die Digesten geändert worden ist. Viele setzen sie in die Kaiserzeit. Sie berufen sich deshalb auf eine Stelle der Institutionen [88]), welche aber nichts beweist, und auf eine Stelle von Paulus in den Digesten [89]), wo in Bezug auf die longi temporis praescriptio von „tempora constitutionibus statuta" die Rede ist. Letzteres könnte entscheidend scheinen, ist es aber nicht. Zwar kann man nicht der Ansicht beitreten, nach welcher vor diesen kaiserlichen Verordnungen die longi temporis praescriptio, welche allerdings schon damals gegolten habe, von unbestimmter Zeitdauer gewesen sein und diese vom Ermessen

---

fuga dominis suis ex quacunque causa fiat damnosa." Auch diese Stelle erklärt er in derselben Weise wie die vorhergehende (a. a. O. S. 57). Zu einer solchen Beschränkung beider Stellen auf mancipia rustica bieten nun aber dieselben nicht die mindeste Veranlassung, vielmehr müssen wir in ihnen eine unbedingte und unbeschränkte Anwendung der l. t. praescriptio wenigstens auf Sclaven erkennen. Daß aber überhaupt bei beweglichen Sachen die l. t. praescriptio seit Caracalla stattfand, geht aus einer Stelle von Marcian, L. 9. D. 44. 3. hervor, wo es heißt: Rescriptis quibusdam Divi Magni Antonini cavetur, ut in rebus mobilibus locus sit praescriptioni diutinae possessionis. Zwar wird die Florentinische Lesart „in rebus mobilibus" bestritten. Die von Bynkershoeck, de reb. mancipi et nec mancipi cap. 10. (Opusc. T. II. p. 101. Hal. 1729.) vorgeschlagene Lesart „in rebus mancipi", welche in den Handschriften durch die Sigle R. M. angezeigt und unrichtig durch „in rebus mobilibus" erklärt worden sei, ist unhaltbar und kann schon deshalb nicht gebilligt werden, weil Justinian den Unterschied der res mancipi und nec mancipi aufgehoben hatte und jede Erinnerung daran seiner Intention nach in seinen Rechtsbüchern getilgt werden mußte. Cuiacius l. c. liest „in rebus soli" und ihm sind Mehrere (bei Hameaux a. a. O. S. 65, N. 139 angeführt) gefolgt, während die Meisten diese Lesart verwerfen und die Florentinische billigen. Die Florentinische Lesart wird aber noch insbesondre durch die Basiliken (Lib. LI. Tit. 3. cap. 8. ed. Heimb. T. V. p. 93.) bestätigt, wo es heißt: ἐπὶ τῶν κινητῶν. Darauf ist aber um so größeres Gewicht zu legen, als die in die Basiliken übergegangenen Digestenstellen aus der Summe der Digesten des sog. Anonymus, der wahrscheinlich mit dem Novellenepitomator Julianus dieselbe Person ist, entlehnt sind, mithin hier ein der Florentiner Handschrift an Alter sogar noch vorgehendes Zeugniß für diese Lesart vorliegt. Wir können uns hiernach nur der Meinung der meisten Neueren anschließen.

86) Pohl, Diss. de praescript. longissimi temporis usque ad Iustinianum §. 2.

87) L. 33. §. 2. D. 41. 3.

88) §. 7. Inst. II. 6. verba: „Abolita — auferri debent." Die letzten Worte et eorum utilitati — auferri debent sind, dem natürlichen Zusammenhange nach, auf den unmittelbar vorhergehenden Satz zu beziehen, wo von der Verwerfung der falschen Ansicht über eine Möglichkeit des furtum bei unbeweglichen Sachen die Rede war. Demnach sagt der letzte Theil der Stelle, die Möglichkeit der ...rsitzung bei solchen Immobilien, welche nach jener Ansicht zu den entwendeten ...hören würden, sei durch kaiserliche Verordnungen ausgesprochen.

89) L. 76. §. 1. D. 18. 1.

des Prätors abgehangen haben soll[90]), indem ein solches Ermessen doch zu einer höchst bedenklichen Willkür hätte führen müssen. Allein es läßt sich mit Unterholzner annehmen, daß die erwähnten kaiserlichen Verfügungen blos die Verjährungszeit genauer bestimmten, während vorher die verschiedenen edicta provincialia von einander abweichende Zeitbestimmungen enthielten. Man hat auch versucht die Zeit der erwähnten kaiserlichen Verordnungen genauer zu bestimmen. Es ist dies der Sachlage nach nicht möglich. Indessen war zu Paulus' Zeiten der Zeitraum von 10 Jahren inter praesentes und 20 Jahren inter absentes bestimmt[91]). DD) Longa quasi possessio als erwerbende Verjährung der Servituten[92]). EE) Kurze Verjährungsfristen des prätorischen und ädilizischen Rechtes. Das prätorische Edict beschränkte die in demselben aufgestellten interdicta und actiones, insbesondre diejenigen, welche nicht sowohl auf rei persecutio, auf Entziehung dessen, wodurch der Gegner zum Nachtheil des Klägers bereichert war, als vielmehr auf poenae persecutio, auf eine Vermögensvermehrung des Klägers auf Kosten des Beklagten wegen einer dem Letzteren zur Last fallenden unerlaubten Handlung gerichtet waren, auf eine bestimmte Dauer. Zwar erlaubte sich der Prätor nicht, in den Fällen, wo ein klagbares Recht nach ausdrücklichen Gesetzen (lex, Senatusconsultum, constitutiones Principum) begründet war, die in dem Edicte aufgestellte Klage, welche zugleich als Muster für die Einkleidung der klagbaren Ansprüche diente, an eine bestimmte Frist zu knüpfen; das Klagrecht fand mithin ohne Beschränkung auf eine Zeitfrist (perpetuo) statt. Dagegen pflegte der Prätor die lediglich in seinem Edicte begründeten Klagen (praetoriae actiones) auf eine mit Berücksichtigung der Abhaltungen (utiliter) zu berechnende Jahresfrist (auch wohl noch mehr) zu beschränken[93]). Die über diese Verjährbarkeit der prätorischen Klagrechte handelnde hauptsächlichste Stelle gehört den Institutionen an[94]). Sie drückt

---

90) Glück, Erl. der Pand. Bd. 9, S. 116 und die Note 19 von ihm angeführten Schriftsteller.

91) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 5. §. 7.

92) Vgl. den Art. Servituten Bd. X, S. 293.

93) So sagte z. B. der Prätor in dem Edict über das commodatum: „Quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo“ (L. 1. pr. D. 13. 6.) ohne eine Frist zu bestimmen. Ebenso bei dem depositum. L. 1. §. 1. D. 16. 3. Dagegen lautete das Edict über Dejection aus dem Besitze also: „Unde tu vi illum deiecisti, aut familia tua deiecit, de eo, quaeque tunc ibi habuit, tantummodo intra annum .... iudicium dabo. (L. 1. pr. D. 43. 16.) Die Stellen des Edicts sind nur nicht immer vollständig erhalten; oft erfährt man erst aus den in die Digesten aufgenommenen Erläuterungen, daß die Klage nur „intra annum“ stattfinde, während eine solche Beschränkung in den an der Spitze des Titels stehenden Worten des Edictes nicht enthalten ist.

94) Pr. Inst. IV. 12. Diese Stelle ist größtentheils aus Gai. Inst. Comm. IV. §. 110. 111. entlehnt; der in den Justinianeischen Institutionen für die einjährige Verjährung der vom Prätor erst eingeführten Klagen angeführte Grund, daß die Amtsgewalt des Prätors nur ein Jahr gedauert habe, findet sich bei

sich so aus, als ob überhaupt bei den im prätorischen Rechte begründeten Klagrechten die einjährige Dauer des Anspruches die Regel bilde. Es ist dies zwar gewissermaßen richtig, aber doch mehr zufällig. Die meisten prätorischen Klagen entspringen nämlich aus unerlaubten Handlungen; es bleibt also, wenn man auch den Satz allgemein ausdrückt, immer noch wahr, daß die meisten prätorischen Klagrechte auf ein Jahr beschränkt sind. Unleugbar kommen auch für die, nicht auf unerlaubten Handlungen beruhenden prätorischen Klagrechte hier und da besondere Beschränkungen, und namentlich Beschränkungen auf eine Jahresfrist vor; als Regel gilt aber diese Beschränkung doch nur bei den Klagen aus unerlaubten Handlungen, wie die Quellen selbst anerkennen[95]). FF) Besondere Verjährungsarten gegen Ansprüche des Fiscus[96]). Das römische Recht hat mehrere eigenthümliche Bestimmungen über die Verjährung der Ansprüche des Fiscus auf Strafgefälle, verwirkte Güter und heimgefallene Verlassenschaften[97]). Die Regel ist hier die Verjährung von 20 Jahren (viginti annorum praescriptio), welche für alle Fälle gilt, für welche keine kürzere Verjährungszeit festgesetzt ist[98]), namentlich wenn von Confiscation die Rede ist. Insbesondre wird sie dann erwähnt, wenn eine öffentliche Aufforderung zur Erlangung Angeschuldigter, welcher man nicht habhaft werden konnte, erlassen worden war (si requirendorum adnotatio publice innotuit)[99]). Außerdem kommen noch bei gewissen außerordentlichen Staatsgefällen eine Verjährung von vier Jahren (praescriptio quadriennii) und auch eine von fünf Jahren (praescriptio quinquennii) vor. Erstere galt schon zur Zeit des Kaisers Antoninus Pius[100]); letztere findet sich in einer Verordnung der Kaiser Sept. Severus und Antoninus Caracalla erwähnt[101]). GG) Verjährung im Criminalrechte. Mit der jetzt eben erwähnten Verjährung der dem Fiscus zustehenden Ansprüche, namentlich auf Strafgefälle und confiscirte Güter, hängt die im Criminalrechte geltende Verjährung unverkennbar zusammen. In

---

Gajus nicht. Dieser Grund erscheint in der That ungenügend; eine Beschränkung der Klagbarkeit auf die Dauer der Amtsgewalt des einzelnen edicirenden Prätors mochte zwar, so lange es kein Edictum perpetuum gab, allenfalls angenommen werden können; seit es aber ein Edictum perpetuum gab, war die Annahme einer solchen Beschränkung umsoweniger zulässig, als die Jahresfrist utiliter berechnet wurde, möglicherweise also der Zeitpunkt, mit welchem experiundi potestas eintrat, erst unter der Amtsführung eines anderen Prätors als desjenigen, unter welchem die das Klagrecht begründende Thatsache geschehen war, eintreten konnte.

95) L. 35. D. 44. 7. L. 3. §. 2. D. 4. 9)

96) Vgl. Bauer, Progr. de praescriptione bonorum a fisco acquirendorum. Lips. 1757. (in Opusc. acad. T. I. p. 259—267.)

97) L. 3. Th. Cod. X. 1.

98) L. 13. pr. D. 44. 3. L. 3. D. 48. 17.

99) Vgl. L. 1. §. 1—4. L. 2—5. D. 48. 17. L. 1. §. 3. D. 49. 14.

100) L. 1. §. 2. D. 49. 14.

101) L. 2. C. IV. 61.

der Zeit der Republik finden sich noch keine Spuren einer gesetzlich anerkannten Verjährung der Verbrechen. Namentlich läßt sich aus der Anklage des Robirius (63 vor Chr.) wegen der 100 vor Chr. erfolgten Ermordung des L. Apul. Saturninus auf die Nichtexistenz einer Verjährung schließen, indem das Verbrechen vor länger als 30 Jahren verübt war, so daß Cicero [102]) zum Ankläger sagte: „causam suscepisti antiquiorem memoria tua: quae causa ante mortua est, quam tu natus esses." Unter den Kaisern findet sich als allgemein anerkannte Verjährung die von 20 Jahren [103]). Wenn diese zwanzigjährige Verjährung eingeführt worden sei und ob dies namentlich, wie Unterholzner vermuthet, durch die Lex Iulia de iudiciis publicis geschehen sei, muß bei dem Mangel sicherer Nachrichten dahin gestellt bleiben. Die 20jährige Verjährung bildete die Regel; es finden sich aber auch kürzere Verjährungsfristen, z. B. bei allen Verbrechen, welche nach der Lex Iulia de adulteriis bestraft werden [104]) und bei dem crimen peculatus [105]). Ob die peinliche Verjährung derjenigen, welche gegen die Ansprüche des Fiscus gilt, nachgebildet worden ist oder ob umgekehrt die peinliche Verjährung als Vorbild für die Verjährung gegen den Fiscus betrachtet werden müsse, darüber lassen sich bei dem Mangel entscheidender Nachrichten nur Vermuthungen aufstellen. Wir möchten mit Unterholzner [106]) lieber annehmen, daß die im Strafverfahren geltende 20jährige Verjährung veranlaßt habe, daß man auch die besonders zum Schutze gegen Confiscationen anwendbare 20jährige Verjährung bei Ansprüchen des Fiscus gelten ließe. Wäre die 20jährige peinliche Verjährung durch eine lex, z. B. Iulia iudiciorum publicorum, eingeführt worden, so wäre es natürlich, daß man die Ansprüche des Fiscus wegen Vermögenseinziehung und ähnliche Ansprüche derselben Regel unterwarf; wenigstens ist es nicht unwahrscheinlich, daß diese Ausdehnung durch kaiserliche Verordnungen bewirkt worden sei. III) Besondere Verjährungsfristen zu Gunsten des Fiscus. Die durch ein Edict des Kaisers M. Aurelius Antoninus eingeführte 5jährige Verjährung wurde schon durch eine Verordnung von Zeno überflüssig. Dieser Kaiser verordnete nämlich, daß jeder, welcher infolge einer vom Fiscus vorgenommenen Veräußerung eine Sache erwerbe, das Eigenthum, welches nicht weiter angefochten werden könne, erwerben solle. Es bedurfte hiernach zum Schutze gegen Ansprüche des vorigen Eigenthümers oder Pfandgläubigers nicht mehr einer auf Verjährung gestützten exceptio. Da es indessen nöthig war, dem Eigenthümer oder Pfandgläubiger einen Anspruch gegen den Fiscus zu ver-

102) Cic. pro Robir. perduell. reo. c. 9.
103) L. 12. C. IX. 22.
104) L. 29. §. 6. D. 48. 5.
105) L. 7. D. 48. 13.
106) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 51 flg.

statten, so beschränkte der Kaiser die Geltendmachung dieses Anspruches auf eine Frist von vier Jahren [107]). Justinian erweiterte die Anwendung dieser Verjährung, indem er demjenigen, welcher eine vom Kaiser oder von der Kaiserin veräußerte Sache erkauft oder sonst erworben hat, dieselben Rechte ertheilte, welche Zeno in Bezug auf die vom Fiscus vorgenommenen Veräußerungen bewilligt hatte. Diejenigen, welche durch diese Verordnung ihre Rechte verloren hatten, mußten sich ebenfalls lediglich ihrer Ansprüche halber an den Kaiser oder die Kaiserin halten, waren aber mit Verfolgung derselben gleichfalls auf die erwähnte Frist von vier Jahren beschränkt [108]). II) Annalis exceptio Italici contractus. Unergründliches Dunkel herrscht über die von Justinian allein erwähnte und von ihm aufgehobene annalis exceptio Italici contractus [109]), bei welcher sich füglich an nichts anderes als eine Verjährung denken läßt. Wir unterlassen es bei dem praktischen Zwecke dieses Werkes, auf die verschiedenen Vermuthungen hierüber einzugehen, zumal ein gedeihliches Ergebniß sich doch nicht erwarten läßt [110]). KK) Praescriptio XXX vel XL annorum [111]). Unter den christlichen Kaisern findet sich die praescriptio XXX vel XL annorum in einer Constitution Justinian's [112]) longaeva possessionis praecriptio genannt; bei den Neueren mit dem Kunstnamen praescriptio longissimi temporis bezeichnet. Eine Verjährung von 30 Jahren wird schon zur Zeit des Theodosius I. und des Honorius erwähnt [113]). Eine praescriptio XL annorum findet sich schon unter Constantius und Constans [114]), und wahrscheinlich läßt sich die Spur derselben bis zu

107) L. 2. pr. C. VII. 37.

108) L. 3. C. VII. 37. Vergl. auch den Artikel Uebergabe Bd. XI, S. 546.

109) Rubr. Tit. Cod. De annali exceptione Italici contractus tollenda etc. (VII. 40.) und L. 1. eod.

110) Von neueren Abhandlungen über diesen Gegenstand ist zu erwähnen Karl Sell, die exceptio annalis Italici contractus; ein Beitrag zum Verständnisse der L. 1. pr. C. de annali exceptione Italici contractus tollenda etc. in Sell, Jahrb. für histor. und dogmat. Bearbeitung des römischen Rechtes Bd. III, S. 31—65.

111) Besondere Schriften darüber sind: Pohl, Diss. de origine atque fatis praescriptionis longissimi temporis usque ad Iustinianum. Lips. 1779. Eiusd. Diss. de praescriptionis longissimi temporis ex legibus Iustiniani. Lips. 1780. Fritz, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. III, S. 435 flg.

112) L. 7. §. 3. C. VII. 39.

113) Symmach. Epist. V. 52. (lebte unter Theodosius I.). Procop. Vandal. I. 3. erwähnt eine hierauf bezügliche Verordnung von Honorius, wonach die Zeit, welche die Vandalen im römischen Reiche sich aufgehalten hätten, in die praescriptio XXX annorum nicht eingerechnet werden soll. Eine fernere undeutliche Spur dieser 30jährigen Verjährung findet sich bei Symmach. Epist. V. 64., mit welcher man die Bemerkung des Servius zu Virgil. Aen. VIII. v. 508., zufolge welcher das seculum von Einigen zu 30 Jahren angenommen wird, in Verbindung bringt. Vgl. Iac. Gothofred. Comm. ad L. un. Th. C. de actionibus certo tempore finiendis (IV. 14.) und Iani a Costa, Summar. et comment. Decretal. Gregorii IX. ad cap. 5. X. de praescript.

114) L. 2. Th. C. de longi temporis praescriptione (IV. 13.). Cujacius

Constantin I. zurückführen[115]). Unterholzner[116]) stellt über die Entstehung der 30jährigen Verjährung folgende Vermuthung auf. Zuerst habe sich, vielleicht auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes, der Satz ausgebildet, daß ein altgewordener Besitz (vetustas) nicht angefochten werden könne. Ob dazu ein 30jähriger oder 40jähriger Besitz, oder wohl gar noch ein längerer, erforderlich sei, habe zweifelhaft sein können. Constantin habe für einen 40jährigen Zeitraum entschieden. Späterhin scheine sich dies aber wieder geändert zu haben, da zur Zeit Theodosius I. und seiner Söhne ein 30jähriger Besitz genügt; daher sei auch in der Verordnung Theodosius II. (L. un. Th. C. de actionibus certo tempore finiendis. 18. 14.) blos von einer 30jährigen Verjährung die Rede. Wir lassen die Richtigkeit dieser Vermuthung dahin gestellt bleiben, werden aber bei der unvordenklichen Verjährung bei der Feststellung des Begriffes vetustas darauf zurückkommen[117]). Gewiß ist, daß die praescriptio XXX vel XL annorum anfangs nicht gegen persönliche Ansprüche (actiones personales) schützte[118]). Theodosius II.

---

will für „Annorum XL praescriptio“ setzen: „Annorum XX praescriptio“, eine Lesart, welche durch die Ueberschrift des Titels unterstützt zu werden scheint. Dagegen ist aber von Unterholzner mit Recht bemerkt, daß der Kunstausdruck „vetustas“, mit welchem nach der Aeußerung der Kaiser diese Verjährung bezeichnet worden ist, nicht füglich auf die praescriptio XX annorum bezogen werden kann, für welche sich vielmehr der Ausdruck longi temporis praescriptio als ganz unzweifelhafter Kunstname findet. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 55, N. 54 u. S. 507, N. 508 und Haenel ad L. 2. Th. C. cit. not. p.

115) L. 2. C. VII. 39. von Valens und Valentinian. Freilich kann man auch an eine Verordnung des jüngeren Constantin, Sohn Constantin's I., denken. Uebrigens geschieht eines Zeitraumes von 40 Jahren schon in einer in L. 57 §. 1. D. 23. 2. erwähnten Verfügung der Divi Fratres Erwähnung, wodurch Kinder für ehelich erklärt werden, deren Mutter 40 Jahre lang in einer wegen zu naher Verwandtschaft ungiltigen Ehe gelebt hatte. Es ist dieses ohne Zweifel Ausfluß kaiserlicher Gnade, zu deren Bestimmung der 40jährige Zeitablauf nur beigetragen hat. Ob das „legitimi temporis spatium“ in L. 1. C. VII. 39. 40 Jahre bezeichnet, ist ungewiß; die Basiliken (Lib. L. Tit. 14. cap. 30.) nehmen es für 30 Jahre. Gegen die von Cuiacius, Comm. ad h. l.; Observ. Lib. XVIII. cap. 27. angenommene longi temporis praescriptio macht Unterholzner a. a. O. Bd. 1, N. 55, S. 56 flg. mit Recht geltend, einmal den Titel, unter welchem die Constitution steht, und dann, daß die in der Constitution erwähnte Verjährung auch den unredlichen Besitzer schützen soll, während die longi temporis praescriptio redlichen Besitz voraussetzt.

116) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 57.

117) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 57, N. 56 macht darauf aufmerksam, daß unter Arcadius und Honorius die 30jährige und 40jährige Verjährung auf das Recht der persönlichen Zustände (quaestio status) in der Weise angewendet wird, daß das Verhältniß der 30jährigen Verjährung zur 40jährigen ganz dasselbe ist, wie das der 10jährigen Verjährung zur 20jährigen, so daß der Unterschied zwischen Anwesenheit und Abwesenheit hier in Betracht kommt. L. 2. 3. Th. C. de his, qui propriam conditionem reliquerunt. (XII. 19.)

118) L. 2. Th. C. de longi temporis praescriptione (IV. 13.) bestimmt dieses ausdrücklich, und die Verordnung Theodosius II. (L. un. Th. C. de actionibus certo tempore finiendis (IV. 14.)) beweist durch die Erweiterung der Anwendung der praescriptio XXX vel XL annorum deren frühere Beschränktheit.

erließ eine für die praescriptio XXX vel XL annorum sehr wichtige Verordnung vom J. 424. Sie steht im Theodosianischen Codex[119]) und ist mit einigen unbedeutenden Veränderungen in den Justinianeischen Codex aufgenommen[120]). Durch eine Novelle Valentinian's III. wurde diese ursprünglich für den Orient erlassene Constitution auch auf den Occident ausgedehnt[121]). Der Inhalt dieser Constitution ist folgender. Die praescriptio XXX annorum, welche vorher nur zum Schutze des Besitzes gegen actiones in rem speciales gegolten hatte, soll jetzt auch auf actiones ad universitatem (Cod. Just. de universitate) und personales angewendet werden. Unter ersteren sind Erbschaftsklagen zu verstehen. Auch die hypothekarische Klage, insofern sie nicht gegen den Schuldner, sondern gegen einen dritten Besitzer des Pfandes angestellt wird, soll dieser Verjährung unterliegen. Die actio finium regundorum ist ausgenommen und es soll hinsichtlich ihrer bei dem früheren Rechte verbleiben. Auch rechtshängige Ansprüche sollen dieser Verjährung unterliegen. Weder Geschlecht, noch Abwesenheit, noch Soldatenstand (militia) soll gegen diese Verjährung schützen; nur Pupillen, obgleich sie einen tutor haben, sind bis zur Pubertät dagegen geschützt; von der Pubertät an soll ihnen auch diese Verjährung laufen. Der 30jährigen Verjährung sollen alle Klagen unterworfen sein, welche nach dem älteren Rechte actiones perpetuae waren, nicht die schon im älteren Rechte an bestimmte Zeitfristen gebundenen. Von einer 40jährigen Verjährung ist darin nicht die Rede. Diese Verordnung hat die 30jährige Verjährung nicht erst neu eingeführt, wohl aber sie zuerst auf actiones personales bezogen[122]). — Obgleich die eben erwähnte Verordnung Theodosius II. die Allgemeinheit der 30jährigen Verjährung ganz entschei-

119) L. un. Th. C. de actionibus certo tempore finiendis. (IV. 14.)

120) L. 3. C. VII. 39. In der Inscription wird zwar Honorius und an der zweiten Stelle Theodosius II. genannt, allein nach der Subscription und dem darin angeführten Consul ist die Constitution vom J. 424, wo Honorius nicht mehr lebte.

121) Novell. Valentin. III. Tit. XXVI. De triginta annorum praescriptione omnibus causis opponenda (ed. Haenel).

122) Cuiacius, Observ. Lib. XVIII. c. 26. leugnet auch dies; er hält Theodosius I. für den Urheber dieser Veränderung (im lib. singul. de praescript. c. 30. wollte er diesem Kaiser selbst die L. un. Th. C. IV. 4. zuschreiben, ging aber in den Observationes davon ab und hält die Verordnung des älteren Theodosius für verloren gegangen; vgl. Merillii, variant. ex Cuiacio II. 12. Opp. edit. Neapolit. T. II. p. 295.). In der in Note 121 angeführten Novelle §. 3 erwähnt nämlich Valentinian III. eine „lex domini patris clementiae meae, Theodosii perennis Augusti“, wodurch die 30jährige Verjährung ein allgemeines Schutzmittel gegen Ansprüche geworden sei. Cujacius hält diese Benennung (domini patris) nicht für passend, um einen Mitherrscher (Theodosius II.) zu bezeichnen, wohl aber für passend zur Bezeichnung eines Vorfahren im Kaiserthum, also Theodosius I. Auch hält er die „lex domini patris“ deshalb nicht für die L. un. Th. C. IV. 13., weil in der fraglichen Novelle aus ihr das Wort „omnia“ angeführt werde, welches sich in der L. un. cit. nicht finde. Allein nach der Bemerkung von Jac. Gothofredus im Commentar zur L. un. cit.

bend ausspricht, und Valentinian III. später die unbeschränkte Anwendung dieser Verordnung wiederholt ausspricht[123]), so sind doch auffallender Weise mit Erfolg Versuche zur Umgehung der Theodosischen Verordnung gemacht worden. Anastasius hat diese willkürlichen Einschränkungen, welche er mißbilligt, doch gewissermaßen mit Gesetzeskraft bekleidet. Er verordnet nämlich, daß in allen Fällen, wo man zufolge gewagter Auslegungen die 30jährige Verjährung für unanwendbar zu halten geneigt sein möchte, wenigstens eine 40jährige Verjährung unabweislich Platz greifen solle. Diese solle demnach bei allen rechtlichen Verhältnissen zur Anwendung kommen, ohne Unterschied zwischen ius publicum und privatum, und ebenso ohne Ansehen der Person und des Rechtsgrundes; sogar ein persönlicher Zustand, welcher 40 Jahre hindurch bestanden habe, solle dadurch als rechtlich feststehend angesehen werden[124]). Nicht klar genug ist darin bestimmt, ob vermöge dieser Verordnung auch für die in der Theodosischen Verordnung von der 30jährigen Verjährung ausdrücklich ausgenommenen Fälle eine 40jährige Verjährung eintreten solle. Allerdings scheinen die Worte der Constitution: „Quidquid autem ... implentes" für eine solche Annahme zu sprechen; allein die folgenden Worte: „ut si quis contractus ... evadere posse videatur" passen wieder nicht zu einer solchen Voraussetzung. In den römischen Gerichten selbst scheint die Verordnung nicht einmal in diesem Sinne aufgefaßt worden zu sein; sonst wäre die spätere gesetzliche Bestimmung von Justin, daß die hypothekarische Klage, wenn sie gegen den Schuldner gerichtet ist, der 40jährigen Verjährung unterliegen solle[125]), unnöthig gewesen. Unterholzner[126]) hält es für sehr wahrscheinlich, daß man namentlich bei der res publica, res patrimonialis und res dominica die Anwendbarkeit der Theodosischen Verordnung bezweifelt habe, und schließt daraus, daß es einer besonderen Verordnung bedurft habe, um die Anwendbarkeit der 40jährigen Verjährung auf das Staats- und kaiserliche Vermögen außer Zweifel zu setzen[127]), daß die unbestimmte Anastasische Verordnung wenig Einfluß

---

nennt Valentinian den jüngeren Theodosius seinen Vater, da dieser ihn zu seinem Mitherrscher und Schwiegersohn gemacht hatte. Das Wort „omnia" kommt zwar in der L. un. cit. nicht vor; wohl aber finden sich in L. 7. Th. C. II. 12. die Worte „omnes actiones". Dadurch wird die Valentinianische Anführung zur Genüge erklärt, wenn man in Betracht zieht, daß die L. un. cit. und die angeführte L. 7. ursprünglich Eine Verordnung gebildet haben, was nicht nur die Verwandtschaft des Inhaltes, sondern auch der Umstand ergiebt, daß beide dasselbe Datum haben. Vgl. auch Lex Visigoth. II. 3. 8. Siehe Haenel zu L. 7. cit.

123) Zuerst geschah dies in der in der Note 121 angeführten Nov. Valentinian. III. Tit. XXVI. von 449 §. 3. 4. Dann in einer Novelle von 452. Novell. Valentin. III. Tit. XXXIV. De episcopali iudicio et de diversis negotiis. §. 12. 13. (ed. Haenel.)

124) L. 4. C. VII. 39.

125) L. 7. pr. §. 1. C. VII. 39. von 525

126) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 65.

127) L. 14. C. de fund. patrim. (XI. 62. (61.)) von Anastasius.

gewonnen habe. Allein beide Verordnungen (L. 4. C. VII. 39. und L. 14. C. de fund. patrim. (XI. 62.)) tragen dasselbe Datum[128]), sie sind an denselben prätorischen Präfecten gerichtet und scheinen ursprünglich Eine Verordnung gebildet zu haben[129]), so daß damit Unterholzner's Annahme wegfällt. Auf der anderen Seite machte man von der Anastasischen Verordnung über die 40jährige Verjährung Anwendungen, welche Mißbilligung verdienten. Anastasius selbst war genöthigt, die Anwendung derselben auf das eigentliche ius publicum als nicht in seiner Absicht liegend auszuschließen[130]), namentlich mißbilligte er in Steuersachen und bei persönlichen Verpflichtungen, welche in dem städtischen Verbande ihren Grund hatten, die Berufung auf die 40jährige Verjährung. Mit welchem Rechte bei den Theilungsklagen, bei der actio pro socio, bei der actio furti und actio vi bonorum raptorum die 40jährige Verjährung, mit Ausschluß der 30jährigen, angewendet worden sei, läßt sich schwer sagen, weil sich nicht ganz genau beurtheilen läßt, inwiefern diese Ansprüche zu denen gehört haben, welche man durch gewagte Auslegungen von der 30jährigen Verjährung auszunehmen versucht hatte. Gewiß ist, daß Justinian diese Fälle auf die Regel der 30jährigen Verjährung zurückzuführen für nöthig erachtete[131]). Wohl möchte sich die Anastasische Verordnung auf die praeiudiciales actiones anwenden lassen. Dieselben sind in der Theodosischen Verordnung nicht ausdrücklich erwähnt und es läßt sich nicht gewiß bestimmen, ob sie in der Verordnung mit begriffen oder nicht begriffen sein sollten; sie scheint aber niemals auf Präjudicialklagen angewendet worden zu sein, wofür auch spricht, daß man nach dem vorher Bemerkten diese Verordnung gleich von Anfang an so einschränkend als möglich erklärt hat. Dagegen konnte die durch die Anastasische Verordnung eingeführte 40jährige Verjährung recht wohl auf diese Klagen angewendet werden und es lag dazu umsomehr Grund vor, als am Schlusse derselben ganz ausdrücklich gesagt ist, daß diese Verjährung zur Anwendung komme, wenn Jemand nach 40 Jahren „super sua conditione“ in Anspruch genommen werde.

B. Einfluß des kanonischen Rechtes auf die Verjährung. Das kanonische Recht schließt sich in der Hauptsache an das römische an und setzt nur in einzelnen Punkten Abweichendes fest, namentlich in Bezug auf die dem Ersitzenden nothwendige Redlichkeit des Besitzes, wo die Einmischung durch das Bestreben, das Recht mit dem, was die Beförderung einer sittlichen Gesinnung zu fordern schien, mehr in Einklang zu bringen, veranlaßt war. Außerdem wurde die

128) Dat. III. Kal. August. Olybrio Coss. (491).

129) Darauf, daß beide Constitutionen zu verbinden seien, macht Herrmann in seiner Ausgabe des Codex aufmerksam.

130) L. 5. 6. C. VII. 39.

131) L. 1. §. 1. C. VII. 40.

Verjährungslehre dadurch erweitert, daß man sie auf mehrere eigenthümlich kirchliche Verhältnisse anwendete. Insbesondre wird bei den Zehenten von einer Verjährung gesprochen. Selbst bei den bischöflichen und Parochialrechten geschieht einer Ersitzung Erwähnung.

C. Verjährung im teutschen Rechte[132]). AA. Aelteste Zeit. Unsere einheimischen Rechtsquellen zeigen in der ältesten Zeit nur geringe Spuren eines Verjährungsrechtes und was sie davon enthalten, läßt sich fast durchgehends auf das römische Recht als Quelle zurückführen[133]). Bei den Franken finden sich einige Spuren einer eigenthümlichen jährigen Ersitzung als alt-einheimisches Recht[134]). Die in den alten teutschen Volksrechten so häufig vorkommende 30jährige Verjährung ist sonst sehr häufig als einheimisch teutsches Recht betrachtet und zum Beweise dafür eine Stelle aus Plinius[135]) angeführt worden, nach welcher es in der Zeitrechnung der gallischen Druiden einen größeren Zeitabschnitt (seculum) von 30 Jahren gegeben hat. Es würde aber auch, wenn dies von den Teutschen gesagt würde, dies für eine einheimische 30jährige Verjährung wenig beweisen. Wichtig dagegen ist, daß die Volksrechte, auf welche das römische Recht den wenigsten Einfluß geübt hat, namentlich die Lex Salica und die Lex Ripuariorum, eine 30jährige Verjährung nicht kennen. BB. Mittlere Zeit. Wichtiger als die Bestimmungen der alten Volksrechte ist die in den teutschen Rechtsbüchern des Mittelalters vorkommende Verjährung von Jahr und Tag[136]). Die Zeit von Jahr und Tag umfaßt einen

---

132) Ueber die Geschichte der einheimischen Verjährung s. Riccius, Spec. iur. German. quo praescriptio Germanorum vetus iuxta et hodierna illustratur. Francof. 1738. Vgl. die Zusammenstellung dessen, was die einheimischen Rechtsquellen über die Verjährung enthalten, und die späteren Veränderungen Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 67—94.

133) Vgl. die Zusammenstellung dessen, was die einheimischen Rechtsquellen dieser Zeit über die Verjährung enthalten, bei Unterholzner a. a. O. S. 68—71.

134) Lex Sal. ref. Tit. 47. (Pact. L. Sal. Tit. 48.) Hier ist von Erlangung der Gemeindegenossenschaft durch einen ungestörten Aufenthalt von 12 Monaten die Rede. Vgl. Eichhorn, in der Zeitschr. für gesch. RW. Bd. I, S. 182. L. Sal. ref. Tit. 48. (Pact. L. Sal. Tit. 49.) Hier werden wieder „duodecim menses" erwähnt, als die Zeitfrist, binnen welcher derjenige, welcher außergerichtlich sein Erbe auf einen anderen übertragen hatte, zur Bestätigung dieser vorläufigen Uebertragung durch eine feierliche gerichtliche Uebertragung gezwungen werden konnte.

135) Plin. Hist. natur. Lib. XVI. cap. ult.

136) Ueber diesen Gegenstand sind folgende Schriften zu bemerken: Heineccius, Diss. de praescriptione annali iuris Lubecensis a iure communi diversa. Hal. 1734. (Opp. T. II. Syll. 1.) Benecke, Diss. de praescriptione Germanorum annali. Giess. 1740. Schröter, die Verjährung, die sich nur auf ein Jahr erstrecket (in den vermischten jurist. Abhandl. Bd. 2, (Halle 1766) S. 119—145). Haubold, de origine atque fatis usucapionis rerum mobilium Saxon. Lips. 1797. (Opusc. T. II. p. 37 sq.) Boehmer, de annali iuris Lubecensis praescriptione. Ien. 1822. Albrecht, Gewere S. 115 flg.

Zeitraum von 1 Jahr 6 Wochen 3 Tagen[137]) und wird noch jetzt in den Ländern sächsischen Rechtes in der Doctrin als sächsisches Jahr (annus Saxonicus) dem bürgerlichen Jahre (annus civilis) entgegengesetzt. Diese Frist von Jahr und Tag ist, wie Albrecht und vor ihm Haubold[138]) nachgewiesen haben, nicht aus reiner Willkür, sondern aus einer bestimmten Idee hervorgegangen. Diese Idee liegt in Betreff der 6 Wochen 3 Tage (ein Zeitraum, welcher in den Ländern sächsischen Rechtes in den Gesetzen, namentlich in den Proceßordnungen und in der Doctrin mit dem Namen sächsische Frist bezeichnet wird) klar vor Augen. Dieser Zeitraum bildet nämlich eine dreifache peremtorische Frist, wie sie bei den gebotenen Gerichten im Mittelalter üblich war, da dieselben in Zwischenräumen von 14 Tagen gehegt zu werden pflegten[139]), wobei der Gerichtstag nicht mitgerechnet wurde. Aber auch das Jahr ist hier nicht blos als ein natürliches, sich von selbst darbietendes Zeitmaß, sondern als dasselbe für die ungebotenen Gerichte (Echtedinge) zu betrachten, was der Zeitraum von 6 Wochen für die gebotenen Gerichte war. Es wurden nämlich nach Zeugnissen, welche bis in die Zeit der Carolinger hinaufreichen, drei Echtedinge gewöhnlich im Jahre gehalten[140]). Daher nahm die dreifache Echtedingsfrist, d. h. der Zwischenraum zwischen vier Echtedingen, den Zeitraum eines Jahres ein. Ein tieferer Grund der Cumulirung der dreifachen Echtedingsfrist und der gebotenen Gerichtsfrist läßt sich wohl nicht auffinden, unverkennbar liegt aber dem ganzen Zeitraum von Jahr und Tag die Idee einer peremtorischen Frist zum Grunde. Die Verjährung von Jahr und Tag findet sich: 1) zu Gunsten des Besitzers einer Sache und zwar in folgenden Fällen: a) bei unbeweglichen Sachen gewährte der Besitz von Jahr und Tag ohne Widersprache eine rechte Gewere unter der Voraussetzung[141]), daß die Gewere einen besonders qualificirten Anfang hatte. Dieser Anfang ist ein dreifacher, die gerichtliche Auflassung, welche der wichtigste und gleichsam normale Anfangspunkt ist, die Erbfolge und das Urtheil des Richters. aa) Daß zur Entstehung der rechten Gewere gerichtliche Auflassung nothwendig sei, wird in vielen Stellen der Rechtsquellen gesagt[142]). bb) Die Erb-

---

137) Das sog. Schlesische Landrecht B. 1, Cap. 28. (Böhme, diplomat. Beiträge Th. 4, S. 26.) „Jar und Tag ist ein jar und sechs wochin und drei tage". Vgl. Wiesand, de origine anni Saxonici eiusque usu hodierno. Viteb. 1796. Haubold, de origine atque fatis usucapionis rerum mobilium Saxonicae. §. 10. (Opusc. T. II. p. 101 sq.)

138) Haubold l. c. Albrecht, Gewere S. 115 flg.

139) Sächs. Landr. B. 1, Art. 67, §. 1. B. 3, Art. 5, §. 1. Schles. Landr. II, 12, 3.

140) Vgl. die bei Albrecht a. a. O. S. 116, N. 254 angeführten Rechtsquellen, sowie Grupen, Discept. for. p. 653. und desselben, teutsche Alterthümer 7.

141) Vgl. Albrecht a. a. O. S. 104 flg.

142) Siehe Albrecht a. a. O. S. 104, N. 216. Unterholzner a. a. O.

folge ist kein Anfangspunkt der rechten Gewere gegen alle diejenigen, welche bereits bei Lebzeiten des Erblassers eine juristische Gewere an der Sache hatten; bei dem Erben kann die Entstehung einer rechten Gewere gegen jene Personen nur vollendet werden, welche bei Lebzeiten des Erblassers bereits begonnen hat, wovon der Grund darin liegt, daß die Gewere des Erben lediglich die des Erblassers ist und mithin nie zu einer rechten Gewere werden kann, wenn sie nicht bei dem Erblasser dazu geeignet war[143]. Gegen denjenigen hingegen, welcher eine juristische Gewere erst im Augenblicke des Todes des Erblassers gewinnt, d. h. gegen den nächsten gesetzlichen Erben, erwirbt ein entfernterer, welcher in den Besitz des Erbgutes gekommen ist, nach Jahr und Tag eine rechte Gewere. Dem Erben, welcher, weil sich kein näherer Erbe meldet, in den Besitz kommt, steht die Obrigkeit gleich, welche ein Erbgut als erbloses Gut einzuziehen berechtigt ist[144]. cc) Das richterliche Urtheil ist Entstehungsgrund einer rechten Gewere bei Vertheilung des Gutes zur Strafe. Wenn nämlich dem Geächteten sein Eigen vertheilt wird, so ist das definitive Vertheilungsurtheil für den Richter gerade so ein Anfangspunkt einer rechten Gewere, wie die Erledigung eines Eigen durch den Tod des bisherigen Besitzers, dessen Erbe unbekannt ist[145]. — Die Gewere, welche zu einer rechten Gewere erhoben werden soll, muß **Jahr und Tag ohne Widerspruche gedauert haben.** Was den Sinn der Worte „**ohne Widersprache**" betrifft, so denkt man sich unter der **Widersprache**, welche das Entstehen der rechten Gewere unterbricht, zwar zunächst die Anstellung der Klage[146]; sie ist aber in einem allgemeineren, umfassenderen Sinne zu nehmen, nämlich für jede Art, wie der Gegner seine juristische Gewere ausübt, geltend macht[147]. Was den **Anfangspunkt** der Frist **von Jahr und Tag** anlangt, so **fing** sie demjenigen, welcher durch ihren Ablauf seine Ansprüche verlieren sollte, **erst**

Bd. 1, N. 73, S. 72 flg. Auch der Erwerb infolge gerichtlichen Aufbietens wird der gerichtlichen Auflassung gleichgestellt, z. B. in der verneuerten Breslauischen Gerichtsordnung von 1591 (gedruckt 1591) Art. 34. Die Stelle ist abgedruckt bei **Unterholzner** a. a. O. S. 73.

143) **Albrecht** a. a. O. §. 6, S. 32 flg.

144) Schles. Landr. I, 14, 1.

145) Bei der Vertheilung eines Lehens sind nach **Albrecht** a. a. O. S. 108 zwei Fälle zu unterscheiden. Ist sie Folge der Acht und geschieht also im Landgericht, so treten für den Lehenherrn dieselben Verhältnisse ein, wie für den Landrichter in Betreff des Eigen. Sächs. Landr. B. 1, Art. 38. Ist die Vertheilung Folge der Felonie, so bedarf es für den Lehenherrn nicht erst des Ablaufes von Jahr und Tag, um vor den Ansprüchen des Lehenfolgers gesichert zu sein, wenigstens nach der von **Albrecht** a. a. O. S. 61, nach dem Vorgange von **Eichhorn**, teutsches Privatrecht §. 241, N. r., über die Folgen der Felonie für die Descendenten angenommenen Ansicht, daß durch ein rechtskräftiges Erkenntniß auf Privation der Vasall und dessen Descendenten das Lehen verlieren.

146) Sächs. Landr. B. 2, Art. 44, §. 1.

147) Vgl. **Albrecht** a. a. O. S. 110 flg.

von dem Augenblicke zu laufen an, wo ihm die Nichterhebung der Klage zugerechnet werden konnte. Entschuldigt wurde er aa) dadurch, daß er von der mit dem Gute vorgegangenen Veränderung keine Wissenschaft hatt.. Die Frage nach dem Momente der Wissenschaft hängt aber nicht von einer speciellen Erörterung bei jedem einzelnen Individuum ab, sondern sie entscheidet sich zunächst nach einer allgemeinen Präsumtion in der Art, daß von allen Gegenwärtigen, d. h. von allen innerhalb eines gewissen Bezirkes [148]) Anwesenden, angenommen wird, es sei ihnen der Uebergang des Gutes in die Hand eines Anderen nicht unbekannt geblieben, eine Vermuthung, welche in der Oeffentlichkeit des Actes, an welchen der Anfang der Gewere geknüpft war, ihre Rechtfertigung findet. Dem Abwesenden hingegen läuft die Zeit von dem Augenblicke, wo er von der mit der Sache sich zugetragenen Veränderung Kenntniß erlangt hat, unter anderen also auch von dem Augenblicke seiner Rückkehr [149]). Das Nichtkönnen wegen triftiger factischer Gründe, d. h. die ehehaffte Noth [150]), verlängert zwar dem Abwesenden, wie dem Gegenwärtigen, die Frist von Jahr und Tag [151]), aber, ohne Verbindung mit dem Nichtwissen, schiebt es den Anfang dieser Frist nicht auf, so daß man nach Beendigung des Hindernisses sofort klagen muß. bb) Denjenigen, welche noch nicht zu ihren Jahren gekommen sind, läuft die Frist von Jahr und Tag erst vom Eintritte der Mündigkeit an [152]). — Es ist vielfach bestritten worden, ob die Bestimmungen wegen der Verjährung von Jahr und Tag und der dadurch erlangten rechten Gewere blos auf unbewegliche Gegenstände zu beziehen oder ob sie auch bei beweglichen Sachen Anwendung finden [153]). Die Stellen der Rechtsquellen, welche von dieser Verjährung sprechen, enthalten größtentheils keine bestimmte Einschränkung auf Immobilien [154]), sind aber doch lediglich auf solche zu beziehen.

---

148) Genauere Bestimmungen hierüber finden sich in den einzelnen Rechtsquellen. Vgl. Schles. Landr. I, 28. Augsburg. Stat. v. 1276, 235 (Walch, Beitr. zum teutschen Rechte Bd. 4, S. 237). Auch das bayer. Landrecht enthält hierauf bezügliche Vorschriften. Siehe die bei Albrecht a. a. O. S. 114, N. 249 abgedruckten Stellen.

149) Die Abwesenheit allein nützt ihm nichts. Vgl. Leobschütz. Statuten (Böhme II. 20). Augsb. Stat. a. a. O. Schles. Landr. I, 14, 15. Culm. Recht III, 107. Die Stellen sind zum Theil abgedruckt bei Albrecht a. a. O. S. 114, N. 250. Bekannter sind die Stellen, wo blos die Zeit der Rückkehr als Anfangspunkt von Jahr und Tag angegeben wird. Schles. Landr. I, 35, 1. Sächs. Landr. B. 1, Art. 28.

150) Das sächs. Landr. B. 2, Art. 7 giebt die Fälle der echten Noth an.

151) Schles. Landr. I, 14, 15.

152) Schles. Landr. I, 44 pr. Augsb. Stat. v. 1276, 240 (Walch, Beiträge Bd. 4, S. 241. Andere Rechtsquellen, welche dasselbe aussprechen, führt an Albrecht a. a. O. S. 115, N. 251.

153) Vgl. darüber vorzüglich Haubold, de origine atque fatis usucapionis rerum mobilium Saxonicae §. 5. (Opusc. T. II. p. 59 sq.)

154) Haubold a. a. O. hat die Rechtsquellen, welche blos von Immobilien, welche durch gerichtliche Auflassung veräußert sind, reden, zusammen-

Entschieden spricht gegen die Anwendung auf Mobilien, daß die gerichtliche Auflassung, welche als nothwendig vorausgesetzt wird, nur bei Veräußerung von Immobilien die gesetzlich nothwendige Form ausmacht[155]). — Die Unbestimmtheit, welche jedes tempus utile; mithin

---

gestellt. Wo der Ausdruck Eigen gebraucht ist, muß ebenfalls an Immobilien gedacht werden (vergl. sächs. Landr. B. 1, Art. 52, §. 1. B. 2, Art. 5, §. 1). Ebenso ist an Immobilien gedacht in denjenigen Rechten, wo von „Erve" (wie in den Statuten von Hamburg, Bremen, Riga, Saalfeld und Stade), von „erbelichem Gute" (wie im schles. Landr.), von „erbe und gute" (wie in einem Schöffenurtheile bei Böhme, diplom. Beitr. Bd. 6, S. 110), von „erbe oder gut" (wie in den Zusätzen zu den alten Erfurter Statuten), von „hereditas" (wie im Stadtrechte von Salzwedel) und von „hereditaria bona" (wie im Stadtrechte von Ulzen) die Rede ist. Nicht entgegen steht, daß die fahrende Habe im allgemeinen auch zum Erbe gehört, wie sich aus dem Magdeb. (Görlitzer) Rechte (bei Gaupp, das alte Magdeb. Recht S. 305) Art. 308 und aus dem sächs. Weichbilde Art. 26 ergiebt. Denn wenn auch der Ausdruck „Erbe" mehrfache Bedeutungen hat und die fahrende Habe auch zum Erbe gerechnet wird, so geschieht doch letzteres hauptsächlich mit Rücksicht auf die Verbindlichkeit des Erben, die Schulden des Erblassers daraus zu tilgen. Es kann daher nicht mit Unterholzner für einen unregelmäßigen Sprachgebrauch gehalten werden, wenn Erbe blos vom unbeweglichen Gute gebraucht wird. Im Gegentheile ist, wenn Erbe oder Erbgut in Verbindung mit der gerichtlichen Auflassung vorkommt, immer an Immobilien zu denken, da die Auflassung nur bei diesen die gesetzlich nothwendige Form der Veräußerung bildet. Ueberhaupt bedeutet Erbgut (Ervegod) nach seinem Ursprunge (Arf heißt im Altnordischen liegendes Gut. Grimm, teutsche Rechtsalterthümer S. 492.) Immobilien. Vgl. über diesen Ausdruck besonders Pauli, Abhandl. aus dem Lübischen Rechte Bd. 1, §. 4, S. 16 flg. Der Ausdruck Gut im sächs. Landr. B. 2, Art. 44 bedeutet ebenfalls, wie Haubold a. a. O. §. 5 nachgewiesen hat, ein unbewegliches Gut, wie sich daraus ergiebt, daß unmittelbar vorher (Art. 42) von der Verjährung beim Lehengute die Rede ist, und nach dem Sachsenspiegel dabei nur an Immobilien gedacht werden kann. Wenn Unterholzner daraus, daß noch heutzutage in Sachsen eine Verjährung von Jahr und Tag bei beweglichen Sachen stattfindet, einen Beweis ableitet, daß der angezogene Art. 44 des sächs. Landrechtes immer auf Mobilien gegangen sei, so ist dagegen zu bemerken, daß die heutige sächsische Mobiliarverjährung dafür gar nichts entscheiden kann, da sie mehr auf andere Stellen des Sachsenspiegels gegründet wird.

155) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 76 flg. beruft sich dagegen dafür, daß die gerichtliche Veräußerung durch Auflassung auch bei Mobilien vorkomme, auf Art. 22 des Magdeburger, im Jahre 1304 nach Görlitz mitgetheilten Rechtes (Gaupp, das alte Magdeburg. Recht S. 279), wornach derjenige, welcher fahrende Habe oder Kaufmannsgüter von ererbtem Gute angeschafft hat, verschenken will, es im gehegten Dinge thun muß, während er selbsterworbenes Gut frei veräußern kann. Dadurch wird aber nichts bewiesen. Denn der Erlös eines Erbgutes, eines unbeweglichen ererbten Gutes, tritt hiernach an die Stelle desselben und hat dieselbe Eigenschaft und darauf beruht die Nothwendigkeit der gerichtlichen Veräußerung. — Bei beweglichen Sachen bedurfte es übrigens, wenn solche einem Anderen anvertraut worden waren, nach dem Grundsatze: „Hand muß Hand wahren", gegen den dritten Besitzer gar keiner Verjährung von Jahr und Tag, um sich in seinem Besitze zu behaupten, wenn er nur gegen den Kläger den Erwerb auf denjenigen zurückführen konnte, dem der Kläger den Besitz übertragen hatte. Sächs. Landr. B. 2, Art. 60, §. 1. Schles. Landr. (bei Böhme, diplom. Beitr. Bd. 5, S. 9) IV, 13, dist. 4, 13.

auch die Verjährungszeit von Jahr und Tag mit sich bringt, erzeugte das Bedürfniß, daneben ein tempus continuum für diejenigen festzusetzen, deren Schweigen innerhalb Jahr und Tag durch Abwesenheit oder Unbekanntschaft mit der vorgegangenen Veränderung entschuldigt wird. Beispiele der Aufstellung eines solchen tempus continuum kommen in mehreren Rechtsquellen vor[156]; insbesondre setzt aber das sächsische Landrecht[157] ein solches tempus continuum von 30 Jahren, Jahr und Tag fest. Zwar scheint auf den ersten Anblick der Gegensatz des betreffenden Artikels (Art. 29, B. 1) zu dem vorhergehenden[158] nicht darin zu bestehen, daß ersterer das tempus continuum, letzterer das tempus utile angiebt, sondern vielmehr darin, daß der erstere von Immobilien, der letztere von fahrender Habe spricht[159]. Allein abgesehen davon, daß schon die Stellung der Worte „dieses ist geredet von farender Habe" in Betreff ihrer Echtheit Bedenken erregt und diese Worte auch in der dem 28. Artikel des sächsischen Landrechtes entsprechenden Stelle des schlesischen Landrechtes[160] fehlen, bestätigen ausdrückliche Zeugnisse die von Albrecht aufgestellte Ansicht über den Zusammenhang der beiden Artikel des Sachsenspiegels[161]. — Was die Wirkungen der rechten Gewere, mithin auch der Verjährung von Jahr und Tag bei Immobilien anlangt[162], so zerstört sie jede dem Rechte ihres Inhabers feindliche Klage. Dieser Grundsatz wird in größter Allgemeinheit in mehreren Rechtsquellen ausgesprochen[163]. Dann giebt es mehrere Stellen der Rechtsquellen, nach welchen sich der aufgestellte Grundsatz auf einzelne Fälle der mannigfaltigsten Art anwenden läßt[164]. Processualisch bestand die Wirkung der rechten Gewere darin, daß der Inhaber derselben

---

156) Solche führt an Albrecht a. a. O. S. 116, N. 255.

157) Sächs. Landr. B. 1, Art. 29: „An erbe und eigen mag sich der Sachse verswеigen binnen 30 jar und jar und tag und ehe nicht."

158) Sächs. Landr. B. 1, Art. 28: „Was soliches dinges erblos erstirbt, als hergewette, erbe und gerade, das soll der richter halten jar und tag, ob sich jemand dazu ziehen wolt ... dieses ist geredet von farender habe."

159) Dies war bis zu Albrecht die gangbare Ansicht, auf welche sich auch noch der Unterschied der Ersitzungszeit in Sachsen bei Mobilien (1 Jahr 6 Wochen 3 Tage) und Immobilien (31 Jahre 6 Wochen 3 Tage) gründet. Erst Albrecht a. a. O. S. 116—118 hat die richtige Erklärung gegeben.

160) Schles. Landr. I, 14, 1.

161) Vgl. die von Albrecht a. a. O. S. 117, N. 258 angeführten Stellen mehrerer Rechtsquellen.

162) Vgl. darüber Albrecht a. a. O. S. 101 flg.

163) Saalfeld. Stat. aus dem 13. Jahrh. Art. 150. (Walch, Beiträge Bd. 1, S. 50.) Freib. Stat. V, 22. (Schott, Samml. zu den teutschen Stadt- und Landrechten Bd. 3, S. 176.) Ebd. 35. (Schott a. a. O. S. 180.) Augsb. Stat. v. 1276 Art. 341. (Walch a. a. O. Bd. 4, S. 329.)

164) Vgl. das Nähere darüber bei Albrecht a. a. O. S. 101 flg., welcher auch die, anscheinend dieser behaupteten Wirkung der rechten Gewere widersprechenden Stellen einzelner Rechtsquellen (z. B. schles. Landrecht I, 37, 8. Schöffenurtheil bei Böhme, diplom. Beitr. IV, 114) mit derselben in Einklang zu bringen versucht, weshalb auf seine Ausführung zu verweisen ist.

die Rechtmäßigkeit seines Besitzes beschwören darf, ohne daß ein vollständiger Beweis von ihm verlangt wird, und daß er sich durch diesen Eid gegen jegliche Anfechtung behaupten kann (possessor tactis reliquiis sola manu obtinet). Der Besitz von Jahr und Tag muß aber vollständig erwiesen werden[165]). Die Verjährung von Jahr und Tag ist sowenig als die longi temporis praescriptio an und für sich eine erwerbende Verjährung; sie hat aber, insofern in der rechten Gewere ein Schutzmittel gegen Eigenthumsansprüche liegt, in der That die Wirkungen einer erwerbenden Verjährung[166]). b) Auch derjenige, welcher als Lehensmann ein Gut binnen Jahr und Tag im Lehensbesitze gehabt hat, erlangt daran eine rechte Gewere, nicht nur, wenn er mit einem Dritten im Streite ist, welcher das Gut als ein ihm gehöriges Lehen in Anspruch nimmt, sondern auch, wenn er mit seinem Lehenherrn selbst streitet, welcher die Giltigkeit der Belehnung anficht[167]). c) Bei den Zinsgütern begründet der Besitz von Jahr und Tag eine rechte Gewere[168]).

---

165) Das sächs. Lehenr. Cap. 13 erfordert dazu das Zeugniß von sieben Mannen, worunter nur Eideshelfer zu verstehen sind. Ebenso kommt in einer Urkunde Herzog Otto's von Braunschweig von 1296 zu Gunsten der accolae terrae novae (cf. Pufendorf, Obs. iur. univ. T. II. App. p. 10.) ein Beweis durch sieben Zeugen, d. h. Eideshelfer, den schwörenden Besitzer mit eingeschlossen, vor („si met septimus per annum se probaverit possedisse", d. h. selbsiebent). Wenn der Gegner seinerseits ebenfalls sieben Zeugen für seine Behauptung aufführte, so konnte der Besitzer dagegen wieder sieben neue Zeugen oder Eideshelfer aufführen, so daß im ganzen 21 Zeugen gehört wurden. Es beruht dies auf einem späteren Zusatze zu dem sächs. Lehenrechte Cap. 13. Vgl. Homeyer, des Sachsenspiegels 2. Theil Bd. 1. Sächs. Lehenrecht Art. 13, S. 166. An einen eigentlichen Gegenbeweis, welchen der Gegner durch sieben Zeugen habe führen können, woran Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 78, N. 81 denkt, ist hier nicht zu denken, sondern nur daran, daß, wenn der Gegner sieben Personen anbot, welche mit ihm seine Behauptung zu beschwören bereit waren, der Besitzer dann 14 Eideshelfer, also die doppelte Zahl, der vom Gegner angebotenen, haben mußte. Denn ein eigentlicher Gegenbeweis, directer sowohl als indirecter, fand in dem Verfahren zur Zeit der Rechtsbücher nicht statt, sondern es handelte sich immer nur darum, welche Partei zum Beweise ihrer Behauptungen zu lassen sei, welcher das Vorrecht des Beweises gebühre, worüber das Beweisurtheil entschied. Planck, die Lehre vom Beweisurtheile (Göttingen 1848) S. 45, 47. Ist eine Sache durch gerichtliche Auflassung („undir Banne") erworben worden, so wird nach dem Magdeburg.-Görlitzer Rechte Art. 15 (vgl. Art. 53) der Beweis durch Richter und Schöffen geführt. Der vom Besitzer, um sich infolge der Verjährung von Jahr und Tag zu behaupten, zu leistende Eid ist näher formulirt im schles. Landrechte (Böhme, diplom. Beitr. Bd. 4, S. 30) I, 36, dist. 2.

166) Inwiefern sie gegen näherrechtliche Ansprüche Schutz gewährt, darüber vgl. den Art. Vorkaufsrecht und Retract.

167) Sächs. Landr. B. 2, Art. 42. Richtst. Landr. Cap. 21. Sächs. Lehenr. Cap. 13. Schwäb. Lehenr. Cap. 76. (ed. de Lahr.) Augsb. Stat. v. 1276 Art. 341. (Walch, Beitr. Bd. 4, S. 329.)

168) Ius Susat. antiquiss. (bei Emminghaus, comment. in ius Susat. antiquiss. p. 123.) Art. 34. Aud-Schran von Soest (bei Emminghaus, memor. Susat. p. 184.) Art. 149. Vgl. Magdeb. Recht an Breslau mitgetheilt (bei Gaupp, das alte Magdeb. Recht S. 283) Art. 35. Sächs. Weichb. Art. 69.

Insbesondre erlangt man nach den Freiberger Statuten von 1576 [169]) auch eine rechte Gewere, wenn man Jahr und Tag eine gewisse Summe als Erbzins von einem Gute bezogen hat. d) In mehreren Rechtsquellen findet sich zu Gunsten desjenigen, welcher auf fremdem Grund und Boden ein Gebäude errichtet hat, eine Verjährung von Jahr und Tag [170]). e) Auch in Bezug auf fahrende Habe kommen Rechte vor, welche der rechten Gewere an Immobilien analog sind [171]). So wird aa) der Fall der Succession gerade so wie bei Immobilien behandelt. Wer fahrende Habe als Nachlaß eines Verstorbenen in Besitz nimmt, ist nach Jahr und Tag gegen die Ansprüche näherer Erben gesichert, was in Betreff des Heergewettes und der Gerade, welche der Richter, weil sich kein Erbe meldet, in Besitz nimmt, durch ausdrückliche Stellen außer Zweifel gesetzt ist [172]); es scheint dies aber lediglich eine Anwendung des allgemeinen auf alle fahrende Habe und auf Successoren aller Art sich erstreckenden Grundsatzes zu sein [173]). bb) Die Form der gerichtlichen Auflassung war zwar den Immobilien ganz eigenthümlich, und mit ihr fehlt dem teutschen Rechte in Rücksicht der fahrenden Habe die wichtigste und umfassendste Bedingung zur Beendigung der juristischen Gewere, d. h. des Verhältnisses desjenigen, welcher nicht besitzt, aber eine dingliche Klage hat. Aber dem Princip, welches der gerichtlichen Auflassung zum Grunde liegt, nämlich dem der Oeffentlichkeit, widerfährt, wo dasselbe in veränderter Gestalt im Gebiete der fahrenden Habe erscheint, auch hier wieder sein Recht, indem es dieselben Wirkungen auf die fingirte Gewere der Mobilien äußert, wie bei Erbe und Eigen. Die Fälle, wo dieses eintritt, sind folgende: α) wer Sachen findet oder Feinden oder Räubern abjagt, soll es nach dem sächsischen Landrechte vor seiner Gemeinde und in der Kirche öffentlich bekannt machen; meldet sich der Eigenthümer binnen 6 Wochen und ziehet sich dazu selbdritt, so erhält er die Sache zurück; meldet er sich nicht binnen

---

Nach letzteren Stellen erlangt der Besitzer eines Zinsgutes als solchen infolge des Besitzes von Jahr und Tag nicht für sich selbst eine rechte Gewere, sondern er muß seinen Gewehren, von welchem er das Zinsgut verliehen erhalten hat, vor Gericht stellen.

169) Freib. Stat. v. 1576 Art. 28. (Walch, Beitr. Bd. 3, S. 171.)

170) Flensburg. Recht Art. 35 (bei Westphalen, monum. ined. T. IV. p. 1909.). Apenrader Stadtr. v. 1284 (bei Dreyer, Samml. vermischter Abhandl. Th. 3, S. 1390) Art. 34. Auch gehört hierher wohl die Bestimmung des neuen Lüb. Rechtes I, 8, Art. 2.

171) Vgl. Albrecht, Gewere §. 14, S. 120 flg. und Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 81—85.

172) Sächs. Landr. B. 1, Art. 28. Schles. Landr. I, 14, 1. — Brem. Stat. 28. (Pufendorf II. Opp. p. 44.) Lüneb. Stat. (bei Dreyer, Nebenstunden 400, 119.)

173) Albrecht a. a. O. S. 122 schließt dieses aus einem bei ihm S. 107, N. 226 abgedruckten Schöffenurtheil (Böhme VI, 91), wo das Wort Erbe umsomehr auf den Nachlaß jeder Art zu beziehen ist, als Immobilien ebendaselbst mit dem Ausdrucke stehendes Eigen bezeichnet werden.

6 Wochen, so nimmt der Richter zwei Theile und der Finder erhält den dritten Theil[174]); β) gestohlene und geraubte Sachen, welche der Richter aus dem Nachlasse des Diebes oder Räubers in seinen Gewahrsam nimmt, soll er nach dem sächsischen Landrechte Jahr und Tag aufbewahren; meldet sich niemand binnen dieser Zeit als Eigenthümer dazu, so verfallen solche Sachen dem Richter[175]); γ) derjenige, welchem eine fremde Sache im Wasser zufließt und welcher solche in Besitz nimmt, soll solche nach dem sächsischen Landrechte öffentlich bekannt machen und 6 Wochen aufbewahren, binnen welcher Frist sich der Eigenthümer melden und sein Eigenthum beschwören und zurücknehmen kann. In allen diesen Fällen finden sich die Bedingungen der rechten Gewere, ihrem Wesen nach, hier wieder, ein Besitz, welcher eine bestimmte Zeit hindurch gedauert hat, und Publicität des Anfanges, vermöge des öffentlichen Aufbietens (Bekanntmachens). Zeugnisse, welche hinsichtlich der Fälle selbst mit dem sächs. Landrechte genau übereinstimmen, finden sich fast in allen Rechtsquellen des Mittelalters, es findet sich aber in Betreff der Verjährungszeit die schon im sächsischen Landrechte selbst erscheinende Verschiedenheit, daß bald die Zeit von 6 Wochen, bald von Jahr und Tag bestimmt wird. Das Görlitzer Lehenrecht[176]) bestimmt 6 Wochen, binnen welchen nach der öffentlichen Bekanntmachung eines Fundes der Eigenthümer sich melden, sein Eigenthum nachweisen und die Sache ohne Verkürzung gegen Erstattung der Kosten zurücknehmen darf; kommt er später, so muß er dem Finder ein Dritttheil lassen; kommt er nicht binnen Jahresfrist, so fällt die Sache zu zwei Dritttheilen an den Richter, zu einem Dritttheil an den Finder. Andere Rechtsquellen erwähnen bei gefundenen Sachen nur der Frist von Jahr und Tag, nach deren Ablauf der Fund der Obrigkeit zufällt[177]). Bei beweglichen Sachen, welche Dieben oder Räubern abgejagt worden sind, wird nach dem Görlitzer Lehenrechte ebenso verfahren wie bei gefundenen Sachen; nur muß hier der Fremde, auch wenn er binnen 6 Wochen sich meldet, dem Entdecker ein Dritttheil lassen[178]). In anderen Rechtsquellen kommt zwar die Frist von Jahr und Tag und die Unterscheidung zwischen Einheimischen und Fremden vor, nicht aber die Frist von 6 Wochen, welche nach dem Görlitzer Lehenrechte nicht ohne Einfluß sind[179]). Bei gestohlenen

---

174) Sächs. Landr. B. 2, Art. 37, §. 1.

175) Sächs. Landr. B. 2, Art. 31, §. 1, 2.

176) Görlitzer Lehenrecht (in Zepernick, Miscellaneen zum Lehenrechte Th. 1, S. 76 flg.) Cap. 47.

177) Ordeln der Stadt Bremen (Pufendorf T. II. App. p. 98.). Ord. 83. Rechtsb. Ruprechts von Freisingen (bei Westenrieder, Beitr. Bd. 7) §. 124.

178) Görlitzer Lehenrecht Cap. 47.

179) Alte Hamb. Stat. (bei Westphalen, monum. ined. T. IV. col. 3016.) XII. 6. Hamb. Stat. v. 1497 (Walch, Beitr. Bd. 6, S. 143) Lit. O. Art. 13. Brem. Stat. (Pufendorf T. II. App. p. 62.) Art. 90. Verdensche Stat. (ebd. T. I. App. p. 123.) Art. 144. Rigaer Stat. (ebd. T. III. App. p. 270.) Art. 149. Stadische Stat. (ebd. T. I. App. p. 225.) XI. 6.

und geraubten Sachen, welche sich im Nachlasse vorfinden, kommt eine Frist von Jahr und Tag vor, wie im sächs. Landrechte[180]). Nach Analogie jener drei Fälle ist auch wohl δ) der Fall zu beurtheilen, wenn schiffbrüchiges Gut an den Strand getrieben und geborgen wird, indem auch hier die Verjährung von Jahr und Tag angewendet wird[181]). Daß indessen dies so wenig geschieht, ist daraus zu erklären, daß nach teutschem Rechte die Gewere von Immobilien zugleich die Gewere an aller fahrenden Habe enthält, welche sich im Umkreise der Immobilien befindet[182]), d. h. der Inhaber der ersteren hat das Recht, ohne es gebrauchen zu müssen, sich in Bezug auf die fahrende Habe so zu benehmen, als habe er sie in seiner Gewere; die Gewere des wirklichen Besitzers ist gegen jenen wirkungslos. Hierdurch erhielt das Strandrecht und Grundruhrrecht seine rechtliche Grundlage. Beide enthielten das Recht, gestrandete Sachen als Eigenthum kraft der Occupation sich zuzueignen, und standen dem Herrn der Küste, an anderen Orten den Küstenbewohnern zu; beide unterschieden sich darin, daß das Strandrecht an Meeresufern ausgeübt wurde, während das Grundruhrrecht sich auf das Recht der Ufereigenthümer bezog, die auf Flößen gestrandeten Güter als Eigenthum zu behalten. ε) Nach mehreren Rechtsquellen ist auch bei beweglichen Sachen, welche von außenher eingebracht sind, die Verjährung von Jahr und Tag wirksam. Nach mehreren Statuten[183]) entsteht nämlich bei solchen Sachen, wenn sie sich binnen Jahr

---

180) Schwäb. Landr. Cap. 213. Schles. Landr. I, 26, dist. 3. (Böhme, diplom. Beitr. Bd. 4, S. 25.)

181) Ein Vertrag, welchen Hamburg in seinem und mehrerer anderer Handelsplätze Namen mit einigen Kirchspielen in Ditmarschen 1384 abgeschlossen hat, beschränkt die Ansprüche der Kaufleute auf Jahr und Tag, es geht aber noch ein Dritttheil als Bergelohn ab. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 84 flg. Es ist dies offenbar nur eine analogische Anwendung der Bestimmungen der sächsischen Rechtsquellen hinsichtlich gefundener oder im Wasser zugeflossener Sachen, wenigstens hinsichtlich des Bergelohnes, welches das Drittheil des Finders bildet, welches der Eigenthümer nach dem Sachsenspiegel dem Finder abgeben muß, wenn er sich zeitig meldet. Die Publicität liegt vor; denn das Stranden eines Schiffes und Schiffbruch und das Bergen der auf dem Schiffe befindlichen Güter sind Acte, welche allen Küstenbewohnern des Ortes bekannt sind; eine besondere Bekanntmachung wird daher nicht erfordert und die allgemeine Verjährungsfrist von Jahr und Tag genügt zur Ausschließung aller Eigenthumsansprüche. Andere, zum Theil ausländische, rechtliche Bestimmungen führt an Schröter, jurist. Abhandl. Th. 2, S. 122 flg. Das neue Lübecker Stadtrecht VI, 3, Art. 4, welches von schiffbrüchigem Gute spricht, erwähnt jedoch keiner Verjährung von Jahr und Tag.

182) Albrecht a. a. O. S. 19 flg., besonders deutlich sind darüber die altfranzösischen Rechtsquellen: Beaumanoir, Coutumes chap. 52. livre de iustice et plet in der Revue de legislation 1835 p. 394. Vgl. auch Phillips, teutsches Privatrecht Bd. 1, §. 58, 3. Ausg. Mittermaier, teutsches Privatrecht Bd. 1, §. 162.

183) Hamburg. Stat. (Cod. antiq. iur. Hamb. P. VII. art. 9. bei Westphalen, monum. ined. T. IV. col. 3006.) Rigaer, aus den Hamburg. ent-

und Tag innerhalb der Stadt befunden haben, eine verstärkte Gewere, infolge welcher der Besitzer sich mit zwei Zeugen (Eideshelfern) behaupten kann. Aehnliche Bestimmungen enthalten andere Statuten[184]). Insbesondre soll nach den Hamburger und Rigaer Statuten[185]) das, was nicht über die „gesoltene See" in die Stadt gekommen ist und was Jemand Jahr und Tag ohne Beisprache besessen hat, vom Besitzer durch seinen Eid mit zwei guten Mannen behauptet werden können[186]). Der Sinn dieser Stelle ist natürlich nicht der, daß denjenigen Sachen, welche anderswoher als über Sand und See in die Stadt gekommen sind und daselbst Jahr und Tag unangesprochen sich befunden haben, fortan für immer das ausgezeichnete Privilegium zustehe, daß jeder Besitzer, welcher einen gerechten Titel beweisen kann, von der Vindication eines Jeden befreit sein soll. Vielmehr ist die Wirkung der Frist von Jahr und Tag offenbar lediglich gegen die Auswärtigen gerichtet, deren Ansprüche aus der Zeit, bevor die Sachen in die Stadt kamen, herrühren. In Hinsicht aller Rechtsverhältnisse, welche aus späterer Zeit herrühren und die Sache betreffen, treten die allgemeinen Regeln ein. Daher hatte jener Grundsatz in Bezug auf bewegliche Sachen dieselbe Bedeutung, wie das bekannte Privilegium vieler Städte in Ansehung der unfreien Einzüglinge, vermöge dessen diese nach Jahr und Tag von ihren Herren nicht mehr in Anspruch genommen werden durften[187]). Hier wie dort zerstörte der Zeitraum von Jahr und Tag diejenige juristische Gewere an der Sache oder dem Hörigen, welche aus der Zeit, bevor sie in die Stadt kamen, herrührte[188]). In derselben Weise sind die erwähnten Bestimmungen anderer Statuten auszulegen. ζ) Eigenthümlich ist die

---

lehnte, Stat. (bei Pufendorf, Obs. iur. univ. T. III. App. p. 253. vgl. ebend. p. 222. not. *) Art. 93. Stadische Stat. (ebd. T. I. App. p. 210.) VII. 7.

184) In den Neumünsterschen Kirchspielsgebräuchen (bei Dreyer, Samml. vermischter Abhandl. Th. 2, S. 1088) Art. 44, wird gesagt, daß, wenn Jemand mit Güter Ankunft bewegliche Güter an sich bringt, es sei durch Kauf, Bürtenschaft oder andere Gelegenheit, und sie Jahr und Tag in seiner Gewere habe, dies verjährt sei. Das neue Lübecker Stadtr. I, 8, Art. 1 sagt bestimmt, es finde kein Anspruch weiter statt, wenn eingebrachtes Gut Jahr und Tag besessen worden sei.

185) Hamburg. oder Rigaer Stat. 93. (Pufendorf l. c. T. III. App. p. 253.)

186) Vgl. Albrecht a. a. O. S. 123 flg. über den Sinn dieser Stelle.

187) Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 313, besonders aber Unterholzner a. a. O. §. 292, Bd. 2, S. 400—405.

188) In den älteren Statuten der Hansestädte sind die Sachen, welche über Sand und See, und diejenigen, welche anderwärts herkamen, in der Art einander entgegengesetzt, daß der Besitzer der ersteren, wenn er einen gerechten Titel nachwies, sofort gegen die Vindication sicher war, der Besitzer der letzteren erst nach Jahr und Tag. In den neueren Statuten ist die Verjährung auf die ersteren Sachen übertragen worden (Lüb. Recht VI, 5, 5. Hamburg. Stat. II, 19, 3) und im Lübischen Rechte (nicht im Hamburgischen) auch bei den letzteren, wie im älteren Rechte, stehen geblieben (Lüb. Recht I, 8, 1). Vgl. Albrecht a. a. O. S. 124, N. 270a.

in einzelnen Statuten [189]) enthaltene Bestimmung, daß bei beweglichen Sachen, welche von vereideten „Tendlerinnen“ (Trödlerinnen) verkauft oder verpfändet worden sind, nach Jahr und Tag kein Anspruch erhoben werden kann. 2) Die Verjährung von Jahr und Tag findet sich ferner häufig zu Gunsten der Freiheit [190]). Es wurde nämlich im 12., 13. und 14. Jahrhundert den teutschen Städten häufig die Begünstigung verliehen, kraft welcher denjenigen, welche in einer solchen Stadt als Bürger aufgenommen sind, ein gewisser Schutz zu Theil wird, wenn sie nach Jahr und Tag als Leibeigene in Anspruch genommen werden. Diese auch außerhalb Teutschlands, z. B. in Frankreich, in den Niederlanden, in England, Schottland und in der Schweiz verbreitete Verjährung kommt so häufig als ein den teutschen Städten durch kaiserliche oder auch wohl landesfürstliche Verleihung zu Theil gewordenes Recht vor [191]), daß sie im sächsischen Weichbilde geradezu wie ein den Städten zustehendes gemeines Recht erwähnt wird [192]). Im Zusammenhange mit diesem die Städte begünstigenden Rechte steht freilich wieder auf der anderen Seite das häufige Vorkommen von Gesetzen, welche den Städten die Aufnahme Höriger als Bürger streng verbieten [193]). Diese Verjährung von Jahr und Tag verschaffte nun allerdings genau genommen nicht die Freiheit, sondern schützte nur die Hörigen, so lange sie Bürger blieben, gegen mögliche Ansprüche der Herren. Erst später, als zur Begründung dieser Verjährung auch verlangt wurde, daß derjenige, welcher sich darauf berufen will, sich in Unkenntniß seines Zustandes als Höriger befinden müsse, haben die Juristen die Verjährung geradezu als eine Erwerbsart der Freiheit betrachtet. 3) Auch zu Gunsten der Schuldner ist die Verjährung von Jahr und Tag bisweilen wirksam [194]). 4) Die Verjährung von Jahr und Tag kommt ferner in Bezug auf Renten vor, sofern verkaufte Renten nur binnen Jahr und Tag in Anspruch genommen werden können [195]). Dieser Rentenverkauf muß mittelst gerichtlicher Auflassung [196]) geschehen, daher die Anwendung der bei aufgelassenen Gütern geltenden Grundsätze ganz natürlich ist. 5) Auch gegen Ansprüche, welche eine Frau wegen einer ihr bestellten Morgengabe zu erheben befugt sein möchte, findet die Verjährung von Jahr und Tag Anwendung [197]). 6) Die Verjährung von Jahr und Tag kommt auch noch insofern vor, als dadurch Einwendungen, welche die rechtliche

---

189) Bresl. Stat. v. 1588 (gedruckt 1610) Art. 16.

190) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 400—405.

191) Unterholzner a. a. O. N. 816, S. 401—404 giebt ein Verzeichniß von 31 teutschen Städten, welchen dieses Recht verliehen worden war.

192) Sächs. Weichb. Art. 4.

193) Vgl. Riccius, Spec. de praescript. iur. german. Cap. 17. §. 9.

194) Vgl. Unterholzner a. a. O. §. 257, Bd. 2, S. 305—308.

195) Neues Lüb. Recht III, 6, Art. 3.

196) Vgl. Albrecht, Gewere §. 18, S. 157 flg., insbes. die in N. 364 das. angeführten Rechtsquellen.

197) Siehe Belege bei Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 89, N. 95.

Giltigkeit eines Rechtsgeschäftes betreffen, ausgeschlossen werden können. Nach den Statuten von Lübeck, Hamburg, Stade und Rostock[198]) muß nämlich derjenige, welcher gegen eine in das Stadtbuch[199]) eingetragene Rechtsverhandlung Einwendungen vorbringen will, dies bei Verlust derselben binnen Jahr und Tag thun. Insbesondre werden Schenkungen unter Ehegatten unanfechtbar, wenn nicht der Anspruch binnen Jahr und Tag erhoben worden ist[200]). 7) Eine ganz besondere Anwendung der Verjährung von Jahr und Tag zeigt sich nach einzelnen Rechtsquellen in dem Falle der ehelichen Gütergemeinschaft, sei es der allgemeinen oder der Gemeinschaft der Errungenschaft, daß dieselbe erst nach Jahr und Tag nach Schließung der Ehe eintritt[200a]). CC. Neuere Zeit. Mit dem Eindringen des römischen Rechtes in Teutschland kamen die einheimischen Rechtsgrundsätze über die Verjährung großentheils in Vergessenheit und die römischen traten an ihre Stelle. Nur bei solchen Instituten, welche einheimischen Ursprunges sind, z. B. bei dem Näherrechte, ist im Zweifel anzunehmen, daß es auch hinsichtlich der Verjährung noch immer bei den einheimischen Rechtsgrundsätzen bewende, und doch hat man selbst in diesen Fällen die 30jährige römischrechtliche Verjährung zur Ergänzung des einheimischen Rechtes unbedenklich zugelassen. Bei den auch im römischen Rechte vorkommenden Lehren nahm man mit den übrigen rechtlichen Bestimmungen meistens auch das römische Recht auf, so daß die Giltigkeit des einheimischen, wo sie behauptet wird, besonders nachzuweisen ist. Wenn aber auch diese Giltigkeit erweislich ist, so läßt sich die Erhaltung der einheimischen Rechtsgrundsätze in ihrer ganzen Reinheit doch nicht annehmen; vielmehr läßt sich überall, wo die Verjährung von Jahr und Tag sich erhalten hat, ein bedeutender Einfluß des römischen Rechtes nicht verkennen. Wo früher die Verjährung blos die Wirkung einer rechten

---

198) Lüb. Stadtr. V, 6, Art. 1. Hamburg. Stat. I, 30, Art. 3. Stadische Stat. VII, 1. Rostocker Stat. V, 6, Art. 5.

199) Vergl. über die Einrichtung des Stadtbuches in Lübeck besonders Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Th. 1, S. 5 flg.

200) Hamburg. Stat. v. 1497 (Walch, Beitr. Bd. 6, S. 122) lit. k. art. 5.

200a) Dies ist der Fall nach der Hildburgh. Verordnung v. 30. Jan. 1747 §. 17 und dem Zeugnisse der Hildburgh. Regierung v. 24. Jan. 1748 bei der allgemeinen Gütergemeinschaft; nach den Koburg. Statuten Art. 14 bei der Gemeinschaft der Errungenschaft. Vgl. Heimbach, sächs. Privatrecht §. 93, N. 3, 4. Die Frist von Jahr und Tag wird zwar nach Rossler, Decisiones (Frcf. 1699) Sect. V. dec. 8. zu 1 Jahr 1 Tag berechnet; diese Berechnung ist aber eine aus Unkenntniß des teutschen Rechtes hervorgegangene, welche sich daraus erklärt, daß der 1572 gegründete Koburg. Schöppenstuhl aus Doctoren des Rechtes bestand, welche das einheimische Recht mißverstanden. Die Frist von Jahr und Tag hat hier die Wirkung, die Ansprüche der Verwandten eines jeden der Ehegatten auf das demselben zugehörige Vermögen auszuschließen, Ansprüche, welche unserem Erachten nach freilich ursprünglich auf solche Güter zu beschränken sind, hinsichtlich welcher das Recht der nächsten Erben in Frage kam. —

Gewere hatte, da nahm man nun geradezu eine erwerbende Verjährung an. Es wurden die Bestimmungen des römischen Rechtes über die Erfordernisse der Verjährung auf das einheimische Institut übertragen. Auch die in integrum restitutio wendete man ganz so wie sie im römischen Rechte begründet war, auf das teutsche Verjährungsrecht an. Die Hauptbeispiele sind die heutige Giltigkeit des alten sächsischen Rechtes in den Ländern des sächsischen Rechtes [201]) und die heutige Giltigkeit des Lübischen Rechtes. 1) Sächsisches Recht [202]). Theils unter dem Einflusse der Glosse, theils nach den Ansichten der neueren Bearbeiter hat sich eine von den Grundsätzen des einheimischen Rechtes ziemlich abweichende Lehre gebildet. Diese beruht hinsichtlich der Verjährungszeit darauf, daß man die Artikel des sächsischen Landrechtes, welche von dem Erlöschen der Rechte der Erben an einem vom Richter als erblos in Beschlag genommenen Nachlasse sprechen [203]), nicht richtig ausgelegt hat. Diese Stellen sind dahin verstanden worden, daß die Rechte der Erben bei beweglichen Sachen durch Verjährung von Jahr und Tag, bei unbeweglichen Sachen durch Verjährung von 30 Jahren, Jahr und Tag (31 Jahre 6 Wochen 3 Tage) ausgeschlossen würden, während die richtige Auslegung nach dem früher Bemerkten dahin geht, daß darin nur ein tempus utile und continuum für Ansprüche der Erben auf einen vom Richter als erblos in Beschlag genommenen Nachlaß festgesetzt worden sei [204]). Die abweichende Lehre beruht ferner darauf, daß man eine Reihe bereits angeführter Stellen, welche von der Ver-

---

201) Ueber den Begriff der Länder sächsischen Rechtes vergl. den Artikel Thüringische Staaten Bd. XI, S. 2 flg.

202) Vgl. Haubold, de origine atque fatis usucap. rer. mobilium Saxonicae §. 11. 12. (Opusc. T. II. p. 104 sq.). desselben, kgl. sächs. Privatrecht §. 185. Heimbach, sächs. Privatr. §. 185.

203) Sächs. Landr. B. 1, Art. 28, 29.

204) Daß die Verjährung von Jahr und Tag bei Verlassenschaften, welche als erblos von der Obrigkeit mit Beschlag belegt werden, ohne Unterschied, ob der Nachlaß aus beweglichen oder unbeweglichen Sachen besteht, stattfinde, ergiebt eine große Zahl von Unterholzner a. a. O. §. 22, N. 92, Bd. 1, S. 85 flg. angeführter Statuten, in welchen dieses Unterschiedes keiner Erwähnung geschieht. Dagegen ist allerdings zu erwähnen, daß mehrere von Unterholzner a. a. O. §. 22, N. 93, Bd. 1, S. 86 flg. angezogene Stadtrechte diese Verjährung von Jahr und Tag blos bei dem Heergeräthe erwähnen, welches der Obrigkeit nach Ablauf dieser Zeit verfällt, wenn sich kein Sohn oder Schwertmagen meldet. Andere bei Unterholzner ebd. N. 93, S. 87 angeführte Statuten erwähnen derselben bei dem Heergeräthe und bei der Gerade. Besonders merkwürdig ist die Willkür der Stadt Wurzen §. 24 (in Hoffmann, Statuta localia Th. 2, S. 773), in welchen die Verjährung von Jahr und Tag auf Heergeräthe und Gerade von empfangener Wissenschaft an, die Verjährung von 30 Jahren, Jahr und Tag ohne Unterschied der Wissenschaft oder Unwissenheit aber auf das Erbe, d. h. die unbeweglichen Güter bezogen wird. Hiernach hat also allerdings die gewöhnliche Auslegung des sächs. Landrechtes B. 1, Art. 28, 29, welche einen Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien rücksichtlich der Verjährungszeit, binnen welcher Ansprüche der Erben an einen von dem Richter als erblos in Beschlag genommenen Nachlaß erlöschen, anerkennt, Anklang gefunden.

jährung von Jahr und Tag bei Mobilien handeln und lediglich die Ausschließung der Rechte des bisherigen Eigenthümers betreffen, irriger Weise von einer erwerbenden Verjährung des Eigenthums verstanden hat. Endlich beruht die abweichende Lehre darauf, daß man in dem sächs. Landrechte B. 1, Art. 29 eine besondere erwerbende Verjährung für Immobilien zu finden geglaubt hat, während die Stelle doch nur auf Erlöschung der Rechte der Erben an einen vom Richter in Beschlag genommenen Nachlaß geht. Die abweichende Lehre selbst, welche sich in den Ländern des sächsischen Rechtes in Ansehung der Verjährung gebildet hat, ist folgende: a) die Verjährung von Jahr und Tag ist die regelmäßige Eigenthumsersitzung für bewegliche Sachen geworden und an die Stelle der im Justinianeischen Rechte vorkommenden 3jährigen Ersitzung getreten, deren Erfordernisse auf die einheimische Verjährung übertragen worden sind. So wurde z. B. Redlichkeit des Besitzes ganz ebenso wie im römischen und kanonischen Rechte gefordert und bei allen Sachen, welche nach römischem Rechte der ordentlichen Ersitzung entzogen sind, auch die Verjährung von Jahr und Tag ausgeschlossen. Zu gleicher Zeit kam der Grundsatz: „Hand muß Hand wahren" außer Uebung in den Ländern sächsischen Rechtes und es wurde dadurch die Wichtigkeit dieser Verjährung nur vermehrt[205]). b) Bei unbeweglichen Sachen wird eine Verjährung von 30 Jahren, Jahr und Tag (31 Jahre 6 Wochen 3 Tage) angenommen und dieselbe in allen Fällen angewendet, wo nach Justinianeischem Rechte die Ersitzung von 10 oder 20 Jahren eintritt[206]). Sie tritt als außerordentliche Ersitzung bei allen beweglichen Sachen ein, welche der Verjährung von Jahr und Tag nicht unterliegen. Diese sächsische Immobiliarverjährung hat aber auch zugleich bei Immobilien die Natur einer außerordentlichen Ersitzung insofern, als bei ihr der Beweis des iustus titulus nicht gefordert, sondern bis zum Beweise des Gegentheiles vermuthet wird. Es ist dies zwar bestritten, rechtfertigt sich aber dadurch, daß auch nach römischem Rechte bei der praescriptio XXX annorum der Titel vermuthet wird (L. 8. §. 1. D. 7. 39.) und die sächsische Immobiliarverjährung noch länger ist. c) Bei erbschaftlichen Streitigkeiten nimmt man die Verjährung von 30 Jahren, Jahr und Tag an, ohne Unterschied zwischen Mobilien und

---

205) Im Culm. Rechte (Ius Culmense, ed. Bundtkie. Varsov. 1824.) III, 108, wird die Verjährung von Jahr und Tag geradezu als die ordentliche Ersitzung für bewegliche Sachen aufgeführt unter Voraussetzung der bona fides, aber ohne besondere Erwähnung eines iustus titulus. Ebd. III, 109 werden entwendete Sachen ausgenommen.

206) Schon im Richtsteig Landrechtes Cap. 27 (Ausg. von Unger) scheint nach der Bemerkung von Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 92, N. 99 die Voraussetzung zum Grunde zu liegen, daß bei Immobilien zur Behauptung des Eigenthumsbesitzes ein Besitz von Jahr und Tag überhaupt nicht hinreiche. Im Culm. Rechte III, 108 ist die Verjährung von 30 Jahren, Jahr und Tag unter Voraussetzung der bona fides als regelmäßige Verjährung bei Grundstücken anerkannt; doch soll sie gegen Abwesende nicht schlechthin wirksam sein.

Immobilien. d) Die zu Gunsten der Obrigkeit bei erblosen Verlassenschaften geltende Verjährung kann als unpraktisch bezeichnet werden, da infolge neuerer Landesgesetze etwaige Erbberechtigte öffentlich durch Edictalien vorgeladen werden, welche Ladung die Wirkung hat, daß diejenigen, welche sich nicht zur bestimmten Zeit mit ihren Ansprüchen melden, mit denselben ausgeschlossen werden. 2) Lübisches Recht. a) Die Verjährung von Jahr und Tag ist für bewegliche Sachen nicht nur in der alten Ausdehnung geblieben, sondern sie ist auch auf Sachen, welche nicht von außen her eingebracht sind, angewendet worden. Es werden aber nunmehr die im römischen und kanonischen Rechte bestimmten Erfordernisse verlangt[207]. Weil jedoch die Statuten die Verjährung ausdrücklich auch auf gestohlenes und geraubtes Gut erstrecken, so nahm man Nichtanwendbarkeit des gemeinen Rechtes in dieser Hinsicht an. b) Hinsichtlich der unbeweglichen Sachen wurde fest daran gehalten, daß die Verjährung von Jahr und Tag nur infolge gerichtlicher Auflassung eintreten könne; außerdem müssen die Erfordernisse des römischen und kanonischen Rechtes, namentlich in Ansehung des redlichen Erwerbes, vorhanden sein. Bei Immobilien, welche nicht durch gerichtliche Auflassung erworben sind, erachtet man nur die römische Verjährung für zulässig. c) Bei Servituten nimmt man nach den Lübischen Statuten I. 8. Art. 2 eine begründende Verjährung von Jahr und Tag an, obgleich in der Stelle etwas ganz anderes enthalten ist.

II. Zusammenstellung der allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Verjährung. A. Vorerinnerung. Es giebt zwar in unseren Rechtsquellen ganz allgemeine, für alle Arten der Verjährung geltende Rechtsgrundsätze fast gar nicht, was natürlich ist, theils weil die verschiedenen Verjährungsarten Zwecke sehr verschiedener Art haben, theils, was die Zeit ihres Ursprunges betrifft, sehr weit auseinander liegen. Einige wirklich allgemeine Bestimmungen des römischen Rechtes rühren aus der späteren Zeit, besonders aus der Gesetzgebung Justinian's her. Dennoch ist in den allgemeinen Theil viel aufzunehmen, weil es einige Verjährungsarten giebt, deren rechtlicher Einfluß sich keineswegs auf einzelne Rechte und Rechtsverhältnisse beschränkt. Da nun der besondere Theil nach den einzelnen Rechten und Rechtsverhältnissen, bei welchen eine Verjährung vorkommt, zu ordnen ist, so muß das für jene Verjährungsarten geltende Recht in den allgemeinen Theil mit aufgenommen werden. Dies gilt namentlich von der longi temporis praescriptio, von der praescriptio XXX vel XL annorum und von der einheimischen Verjährung von Jahr und Tag. Da nun das Recht der longi temporis praescriptio sich größtentheils an das Recht der usucapio anschließt, so kann ein allgemeiner Theil des Verjährungsrechtes

---

207) Ebenso ist auch die Verjährung für bewegliche Sachen in der Verordnung des Hadeler Landgerichtes (Pufendorf, Obs. iur. univ. T. I. App. p. 23.) II, 18 geordnet.

nicht gebildet werden, ohne daß man dabei das Recht der usucapio vorzugsweise berücksichtigt und gewissermaßen zum Grunde legt. Es soll aber jedesmal bei jedem, in den allgemeinen Theil aufgenommenen Satze der Umfang, in welchem er gilt, besonders untersucht werden.

B. Rechtliche Wirksamkeit der Verjährung von bestimmter Dauer. AA. Wesen derselben. Da nach der geschichtlichen Darstellung des Verjährungsrechtes dem römischen sowohl als auch dem kanonischen und teutschen Rechte der Begriff einer bei allen Rechten und Rechtsverhältnissen eintretenden Verjährung völlig fremd ist, so darf eine Verjährung immer nur unter der Voraussetzung, daß sie besonders anerkannt ist, angenommen werden. Insbesondre ist auch die Annahme einer Ausdehnung aus Gründen rechtlicher Verwandtschaft nur mit großer Umsicht und nach besonderen Rechtfertigungsgründen zulässig, weil die Verjährung nicht eigentlich aus der Natur der privatrechtlichen Verhältnisse fließt, sondern eine Einrichtung ist, welche aus Gründen des öffentlichen Wohles und mit Bezug auf nothwendige Abkürzung der Rechtsstreitigkeiten zum Bedürfniß geworden ist. Kann nun aber eine Verjährung überhaupt nur in den Fällen angenommen werden, in welchen dieselbe besonders gerechtfertigt ist, so bedarf es auch keiner Bestimmung der Fälle, in welchen eine Verjährung nicht eintreten kann; auch ist es vergeblich, einen bei dieser Bestimmung leitenden, allgemeinen Grundsatz aufzusuchen, den es in der That nicht giebt. Deshalb bedarf es auch nicht der genaueren Bestimmung des Begriffes der sog. res merae facultatis, welche gewöhnlich bei Aufzählung der Fälle, wo die Verjährung nicht stattfindet, eine hauptsächliche Stelle einnehmen, ohne daß man über die Feststellung des Begriffes selbst einig ist[208]).

---

208) Vgl. über die res merae facultatis Glück, Erl. der Pand. Bd. 1, S. 112 flg. Die besonderen Schriften finden sich in Lipenius, bibl. jur. und in deren Ergänzungen s. v. Facultatis merae res aufgeführt. Nach Glück sind darunter solche Handlungen zu verstehen, hinsichtlich welcher die Willkür des Handelnden unbeschränkt ist, welche man also nach Gefallen thun oder unterlassen kann, wie und so lange man will, ohne daß uns daraus ein Nachtheil erwächst. Die Antwort auf die Frage, welche Handlungen dazu gehören, ist nach den verschiedenen Ansichten sehr verschieden. Einige geben die Regel, eine vom Gesetz unmittelbar erlaubte Handlung, wozu es keiner Gestattung eines Anderen bedürfe, sei eine res merae facultatis; eine vom Gesetz nur mittelbar, d. h. insofern ein Anderer das Recht dazu verstattet hat, erlaubte Handlung sei ein bloßer actus facultatis. Die Unsicherheit dieser Regel ergiebt sich daraus, daß ja auch Klagen, welche die Gesetze geben, binnen gewisser Zeit erhoben werden müssen und sonst erlöschen, und im Gegentheil durch Verträge bisweilen solche Rechte erworben werden können, deren Ausübung keiner Verjährung unterliegt. Nach der Ansicht der Meisten gehören alle Handlungen der natürlichen Freiheit, welche weder in den natürlichen noch bürgerlichen Gesetzen geboten und verboten, und also der menschlichen Willkür überlassen sind, zu den res merae facultatis; dagegen werden davon alle auf ein Privilegium sich gründende oder aus einem Vertrage herrührende Handlungen ausgeschlossen. Glück hält auch diese Theorie für nicht befriedigend. Er leitet die actus merae facultatis aus verschiedenen Quellen ab: 1) aus der dem Menschen angeborenen natürlichen Freiheit, soweit

Betrachtet man die Art, wie die Verjährung ihre rechtliche Wirksamkeit äußert, so ist diese höchst mannigfach. Die Verjährung kommt nämlich nicht nur im Privatrechte, sondern auch im Criminalrechte und im Staatsrechte vor und zwar 1) als Erwerbungsart von Rechten, sowohl in der Lehre vom Eigenthum, als auch in der Servitutenlehre, im Lehenrechte, in der Lehre von den abgeleiteten Hoheitsrechten und bei den Rechten der Kirchengewalt, nach der Ansicht Mehrerer auch bei dem Pfandrechte; sowie auch bei den vergeltlichen Nutzungsrechten an einer fremden Sache (den Rechten des emphyteuta und superficiarius). Noch weiter muß man nach teutschem Rechte gehen und hinsichtlich aller der=

---

solche durch die Gesetze nicht eingeschränkt ist, welche nähere Bestimmung schlechterdings nothwendig sei, da z. B. die Gesetze die natürliche Freiheit zu kaufen und zu verkaufen sehr vielfältig beschränkt hätten; 2) aus dem freien und ungehinderten Eigenthum, indem alle daraus herfließenden Rechte als actus merae facultatis anzusehen seien; 3) aus den Gesetzen selbst, wenn dieselben gewisse Rechte ertheilen und sie zugleich für unverjährbar erklären; dahin gehörten nach dem kanonischen Rechte das Recht der Kirchenvisitation und die dazu nöthige Procuration, d. h. Verpflegung der geistlichen Visitatoren oder das Recht auf ein Aequivalent in Gelde (cap. 11. 16. X. II. 26.); nach dem westphälischen Frieden auch das Recht solcher Unterthanen, welchen vermöge des annus decretorius von 1624 keine Religionsübung in einem Lande gestattet ist, in der Nachbarschaft dem öffentlichen Gottesdienste, wo und so oft sie wollen, beizuwohnen, auch daselbst die nöthigen Ministerialhandlungen von Geistlichen ihrer Religion verrichten zu lassen (Instr. Pacis Osnabrug. art. 5. §. 34.); ferner nach dem Civilrechte die Befugniß, bei einer vorhandenen Gemeinschaft auf Theilung zu bringen (L. 5. C. III. 37.), das Recht, Abzugsgeld zu fordern u. dergl.; 4) aus Verträgen, wodurch etwas, was an sich keine res merae facultatis ist, dazu gemacht werden könne, z. B. das Wiederkaufsrecht, wenn dasselbe dem Verkäufer für alle Zeiten vorbehalten sei. Gegen diese Deduction von Glück ist zu erinnern, daß derselbe auch Rechte der Staats= und Kirchengewalt mit in den Kreis der Frage der Verjährbarkeit gezogen hat; diese Rechte sind ihrer Natur nach jeder Verjährung entzogen, da es sich dabei nicht blos um Rechte, sondern auch um Verpflichtungen handelt, welche die Staats= und Kirchengewalt, soll sie dem Zwecke des Staates und der Kirche genügen, erfüllen muß. Handelt es sich zwischen verschiedenen Staaten um einzelne Rechte der Staatsgewalt, so kann unter souveränen Staaten von einer Berufung auf Verjährung nicht die Rede sein; dieselbe kann nur dann zur Sprache kommen, wenn für Streitigkeiten derselben unter einander ein rechtliches Verfahren und eine richterliche Entscheidung stattfindet, wie es unter den teutschen Bundesstaaten nach der Bundesacte vom 8. Juni 1815 Art. XI. und der Austrägalordnung vom 16. Juni 1817 der Fall ist, auch außerdem infolge besonderer Vereinbarung der Fall sein kann. Daß im kanonischen Rechte Ausflüsse der Kirchengewalt als Gegenstand der Verjährung betrachtet werden, daß dies ebenso rücksichtlich der Landeshoheit und einzelner Zweige derselben zu den Zeiten des teutschen Reiches geschieht, erklärt sich aus der Unterordnung der Bischöfe u. s. w. unter die oberste Gewalt des Pabstes, der teutschen Reichsstände unter die oberste Gewalt des Kaisers und aus der Lehenbarkeit der kirchlichen Befugnisse sowohl als der Landeshoheit und der einzelnen darin enthaltenen Befugnisse; die oberste Gerichtsbarkeit des Pabstes, bezüglich des Kaisers machte eine richterliche Entscheidung möglich. Es zeigt sich dies auch wieder das Ungenügende der von Glück aufgestellten Theorie. Auf die Unsicherheit der ganzen Lehre von den res merae facultatis hat besonders Thibaut, über Besitz und Verjährung S. 84 aufmerksam gemacht.

jenigen Rechte, bei welchen ein Quasibesitz angenommen wird, auch die Verjährung als Erwerbsart ansehen, namentlich bei allen Reallasten, ingleichen bei Gewerbsrechten, welche über einen ganzen Bezirk zustehen, wie bei den Bannrechten. Nur ist hier darauf aufmerksam zu machen, daß bei solchen Rechten und Lasten, welche aus einem ursprünglich dem öffentlichen Rechte angehörigen Verhältnisse, z. B. der Gutsherrlichkeit, fließen, die Begriffe Verjährung und Herkommen häufig zusammenfließen, wenigstens gewöhnlich nicht so genau unterschieden werden, was sich daraus erklärt, daß es sich bei diesen ursprünglich publicistischen Verhältnissen um Anerkennung eines Rechtssatzes handelt und dabei die sog. opinio necessitatis, welche sich aus gleichförmigen Handlungen ergiebt, mit der Meinung verpflichtet zu sein, welche bei wiederholten Leistungen den Verjährungsbesitz begründet, mit dem Verjährungsbesitze zusammenfällt. 2) Die Verjährung ist ferner Tilgungsart dinglicher Lasten, namentlich bei Servituten und Reallasten. 3) Als ein Schutzmittel gegen klagbare Ansprüche (actiones), wobei es freilich sehr streitig ist, ob dadurch bei obligatorischen Rechten blos die Klage oder auch das Forderungsrecht selbst durch Verjährung erlösche. Die Klagenverjährung ist für die sämmtlichen Lehren des Privatrechtes von Bedeutung; am wichtigsten ist die 30jährige, indem diese allenthalben die Regel ausmacht, wo nicht eine längere oder kürzere Zeitfrist vorgeschrieben ist. Die Wirksamkeit dieser Verjährung beschränkt sich nicht auf das Vermögensrecht, sondern greift sogar in das Personenrecht hinüber. 4) Die Verjährung erscheint ferner als ein Schutzmittel gegen eine peinliche Anklage oder Untersuchung; 5) als ein Schutzmittel gegen Einreden, wo die Verjährbarkeit zwar bei weitem nicht als Regel anzusehen ist, ihr Einfluß sich aber auch in dieser Hinsicht nicht auf eine einzelne Lehre beschränkt. 6) Noch kommt bei den Jahrmarktsrechten ein Beispiel einer rein aufhebenden Verjährung vor. — Diese der Verjährung beigelegten Wirkungen sind hauptsächlich von dem Standpunkte aus zu betrachten, daß dadurch die Rechtsstreitigkeiten vermindert werden sollen, namentlich solche, bei welchen die Untersuchung in entferntere Zeiten zurückführt, so daß ein unzuverlässiges Ergebniß derselben zu befürchten ist. Insbesondre kann im Criminalrechte die Verjährung aus diesem Gesichtspunkte gerechtfertigt werden. In den Quellen des römischen Rechtes selbst sowie bei nichtjuristischen Schriftstellern wird auf diesen Standpunkt hingewiesen[209]). Dazu kommt bei allen Verjährungsarten, welche auf Schutz des Besitzes abzwecken, insbesondre bei der Usucapion, daß es für eine auf Verbesserungen gerichtete Betriebsamkeit sehr wichtig ist, daß die Unsicherheit des Besitzes nicht gar zu lange dauere oder gar endlos sei[210]). Diese Sicherheit des Besitzes

209) L. 2. D. 39. 3. So sagt Neratius in L. 5. pr. D. 41. 10., die usucapio sei eingeführt, „ut aliquis litium finis esset." Bei Cic. pro Caecina cap. 26. heißt die usucapio „finis sollicitudinis et periculi litium."

210) Dies deutet auch Theophil. Paraphr. Instit. ad pr. Inst. II. 6. an.

läßt sich ohne Verjährung nicht erreichen, zumal bei derivativen Erwerbsarten des Eigenthums. Gajus[211]) deutet auf diesen Zweck bei demjenigen, was er über die Einführung der usucapio sagt, ganz bestimmt hin. Freilich muß die Verjährung, soll sie nicht in ein „impium praesidium"[212]) ausarten, so eingerichtet sein, daß sich mit Grund voraussetzen läßt, die nachtheiligen Wirkungen derselben werden nur für die in Verfolgung ihrer Rechte Säumigen eintreten. Wirklich wird auch in mehreren Stellen die Verjährung als eine nicht unbillige Strafe der Nachlässigkeit betrachtet[213]). Im Zusammenhange steht damit, wenn in den römischen Quellen die usucapio dadurch gerechtfertigt wird, daß die Verjährungszeit lang genug sei, um dem durch die Verjährung bedrohten Eigenthümer die zu den nöthigen Nachforschungen nöthige Zeit zu gewähren[214]). Auch sonst hat die Gesetzgebung die natürliche Aufgabe, die Verjährung in allen Fällen auszuschließen, wo nach der Sachlage präsumtiv die größte Aufmerksamkeit auf Erhaltung seiner Rechte ohne Erfolg bleiben muß; nur dann kann diese Rücksicht mehr oder weniger in Wegfall kommen, wenn das Recht, welches durch die Verjährung beseitigt werden soll, etwas Gehässiges hat, z. B. die Befugnisse, welche auf Zufügung einer Strafe abzwecken. Die Härte und Unbilligkeit, welche man in der Verjährung, wenn sie auch diese Bedingungen erfüllt, finden könnte, ist nicht größer als die, welche in dem ausgedehnten Vindicationsrechte des Eigenthümers auch gegen den rechtlichen Erwerber der Sache liegt und eine Milderung durch die Annahme einer, den Besitz schützenden Verjährung wohl verdient. An Gegnern der Verjährung fehlt es nicht[215]). Andere hingegen finden die Verjährung schon im Naturrechte begründet, eine Ansicht, welcher man nicht beitreten kann. — Was die Frage anlangt, ob die Wirkungen der Verjährung durch Vertrag der Betheiligten ausgeschlossen werden können, so ist gegen deren Bejahung das Hauptbedenken, daß das Recht der Verjährung zu demjenigen Theile des Privatrechtes zu gehören scheint, welcher mit Rücksicht auf das gemeine Wohl angeordnet und daher von der Privatwillkür unabhängig ist, also zum ius publicum[216]). Wenn Abschneidung von Rechtsstreitigkeiten als allgemeiner Zweck aller Verjährung anzusehen ist, so ist unleugbar das Gemeinwohl dabei sehr betheiligt. Indessen ist diese Betheiligung nur eine mittelbare. Als nächster Zweck erscheint immer der Schutz Einzelner gegen veraltete Ansprüche, mit welchen sie bedroht sind. Nicht steht aber im Wege, daß der Einzelne dem ihm durch das Gesetz gewährten Vortheile entsagt. Dieser Zweck

211) L. 1. pr. D. 41. 3.
212) Vgl. Nov. 9.
213) L. 2. 3. C. VII. 40.
214) L. 1. D. 41. 3.
215) Namentlich ist in neuerer Zeit Kori, Theorie der Verjährung §. 22—27, ein heftiger Gegner der Verjährung.
216) L. 38. D. 2. 14. L. 45. §. 1. D. 50. 17.

kann aber immer erst nachdem das Institut der Verjährung seine vollständige Ausbildung erlangt hatte und dasselbe ein Schutzmittel gegen alle Arten von Ansprüchen geworden ist, dem Institute untergelegt werden. Denn nach der Geschichte des Institutes ergiebt sich, daß es bei den Römern sehr lange dauerte, ehe z. B. die Klagenverjährung allgemein eingeführt wurde. Im römischen Rechte finden wir die Zulässigkeit eines Vertrages, wodurch die Verjährung ausgeschlossen wird, hinsichtlich der Redhibition aus dem Edicte der Aedilen ausgesprochen[217]). Wenn man dazu noch erwägt, daß der Einzelne, wenn er den Schutz, welchen die Verjährung gewährt, in Anspruch nehmen will, dies ausdrücklich thun, sich ausdrücklich auf die Verjährung berufen muß, es aber von seiner Willkür abhängt, ob er dies thun will, er also durch Unterlassung der Vorschützung der Einrede der Verjährung auf dieselbe stillschweigend verzichten darf, was ihm nicht gestattet sein könnte, wenn die Verjährung lediglich auf Gründen des gemeinen Wohles beruhte, so kann auch einem ausdrücklichen Verzichte auf die Verjährung mit Grund etwas nicht entgegengesetzt werden. Uebrigens wirken Entsagungen auf die Verjährungen nicht allgemein, sondern nur zu Gunsten derjenigen, mit welchen der Entsagungsvertrag abgeschlossen worden ist, sowie sie auch umgekehrt nur dem Entsagenden zum Nachtheile gereichen[218]).

BB. Von den bei der Verjährung betheiligten Personen. 1) Personen, zu deren Gunsten Verjährung eintreten kann. Wer überhaupt keiner Rechte fähig ist, kann natürlich auch durch Verjährung keine rechtlichen Vortheile erwerben. Dies gilt namentlich bei der Ersitzung. Dies leidet Anwendung auf Sclaven und in der älteren Zeit auf Kinder unter väterlicher Gewalt, so lange sie kein eigenes Vermögen besitzen konnten. Hinsichtlich der ersteren fällt dies heutzutage weg. Was die letzteren betrifft, so zeigt sich schon zu Anfange der Kaiserzeit bei dem castrense peculium eine Ausnahme; noch mehrere Ausnahmen kommen seit der Zeit der christlichen Kaiser seit dem Aufkommen der bona adventitia und quasi castrensia hinzu. Sowie nämlich der Vater in Ansehung der bona adventitia früher für sich zu ersitzen im Stande war, so erwirbt er natürlich nach neuerem Rechte das Eigenthum nicht für sich, sondern für die Kinder[219]). Aehnlich dem Verhältnisse der Kinder unter väterlicher Gewalt, in welchem sich dieselben nach dem ältesten, noch keine Ausnahme kennenden römi=

---

217) L. 31. §. 22. D. 21. 1.

218) Ausnahmen kommen vor bei den Erben, denen Verzichte regelmäßig Vortheil und Nachtheil bringen (L. 7. §. 8. D. 2. 14.), bei dem Bürgen, welcher, wenn er die Entsagung kannte, als er sich verbürgte, dadurch gebunden ist und bei dem Mandanten, welchem die durch den Mandatar abgeschlossenen Entsagungsverträge vermöge der doli exceptio sowohl zum Vortheile wie zum Nachtheile gereichen (L. 10. §. 2. L. 12. D. 2. 14.).

219) L. 4. §. 1. D. 41. 3.

schen Rechte befinden, ist infolge des Mönchwesens das Verhältniß der einzelnen Mönche, welche unfähig sind, für sich selbst etwas zu haben und zu erwerben. — Es kann dahingestellt bleiben, ob die Verjährung bei den Römern blos zum Vortheile römischer Bürger stattfand. Im Justinianeischen Rechte findet sich keine Spur einer solchen Beschränkung. Ob nicht für das vorjustinianeische Recht, wenigstens hinsichtlich der usucapio, eine solche anzunehmen sei, ist eine andere Frage [220]). Man sollte darüber zuverlässige Nachrichten bei Gajus und Ulpian erwarten. Allein Gajus in den Institutionen, welche doch die Lehre von der usucapio enthalten, meldet nichts von einer Ausschließung der peregrini. Auch die sog. Fragmente Ulpian's schweigen darüber [221]), während sie bei der mancipatio ausdrücklich angeben, daß sie nur bei cives Romani, bei Latini, sie seien coloniarii oder Iuniani, und bei solchen peregrini, welchen commercium ertheilt ist, statthaft sei [222]). Nur nach dem Zwölftafelgesetze scheint eine Ausschließung der peregrini von den Vortheilen der usucapio festzustehen. Nach dem Berichte von Cicero [223]) ist nämlich in der ältesten Zeit das Wort hostis mit peregrinus gleichbedeutend gewesen und es hat in den 12 Tafeln der zum Beleg seiner Behauptung angeführte Satz gestanden: „adversus hostem aeterna auctoritas esto", zu dessen Erklärung von ihm nichts beigebracht worden ist. Dieser Satz ist nun von den Meisten dahin verstanden worden, daß gegen Fremde das Eigenthum beständig geschützt sei, dergestalt, daß diese sich nicht auf usucapio gegen Römer berufen könnten. — Auch juristische Personen genießen die Vortheile der Verjährung, namentlich kann ihnen die Ersitzung zu Gute kommen. So wird von den städtischen Gemeinden (municipia) ausdrücklich gesagt, daß sie durch usucapio erwerben können [224]). Dasselbe muß von allen anderen juristischen Personen gelten. Auch einer erledigten Erbschaft kann durch usucapio Eigenthum zuwachsen [225]). Nur insofern läßt sich eine Einschränkung der Ersitzungsfähigkeit annehmen, als solche juristische Personen unmittelbar keinen Besitz erwerben können, vielmehr ihnen ein Besitzerwerb nur durch Mittelspersonen möglich ist. Dasselbe gilt aber auch bei Wahnsinnigen und bei infantes [226]), doch mit dem Unterschiede, daß ein Kind auctoritate tutoris allerdings Besitz erwerben kann [227]), daher unter dieser Voraussetzung unzweifelhaft auch ein Ersitzungsbesitz entstehen kann. Bei Kindern und Wahnsinnigen ließe sich die Möglichkeit einer ihnen zu Statten kommenden usucapio deshalb bezweifeln, weil ihr Zu-

---

220) Vgl. darüber Unterholzner §. 30, Bd. 1, S. 105 flg.
221) Vgl. Ulpiani Fragm. Tit. XIX. §. 8.
222) Ulp. Fragm. Tit. XIX. §. 4.
223) Cic. de offic. I. 12.
224) L. 1. §. 22. L. 2. D. 41. 2.
225) L. 29. D. 49. 15.
226) L. 4. §. 2. L. 26. D. 41. 3.
227) L. 32. §. 2. D. 41. 2.

stand es bisweilen dem durch die usucapio in seinem Rechte Bedrohten unmöglich machen mußte, durch rechtliche Geltendmachung seiner Ansprüche den nachtheiligen Folgen der usucapio zuvorzukommen. Es kommt dies indessen nur in den selteneren Fällen vor, wo die Unmündigen oder Wahnsinnigen keinen Vertreter haben, der für sie die Vertheidigung übernimmt. Deshalb hat diese Rücksicht auf das ordentliche, regelmäßige Recht keinen Einfluß gehabt; es wurde vielmehr durch eine außerordentliche Rechtshilfe (in integrum restitutio) Schutz gegen unbilligen Nachtheil gewährt. Dasselbe gilt in den Fällen, wo eine Gemeinde (oder andere juristische Personen), welcher es an einem Vertreter fehlt, im Ersitzungsbesitze ist und wegen eines ihr mangelnden Vertheidigers nicht in Anspruch genommen werden kann [228]). Die Restitution wurde übrigens nur in der Maße ertheilt, als die eigenthümliche Lage des Ersitzenden die rechtliche Belangung desselben unmöglich gemacht hatte [229]). Wenn sich diese Lage noch vor Ablauf der Ersitzungszeit geändert hat und noch genügende Zeit zur Verfolgung der Ansprüche übrig ist, so bedarf es ohnehin keiner Restitution [230]). Die von mehreren Schriftstellern des 18. Jahrhunderts aufgestellte Behauptung, daß dem Regenten gegen seine Unterthanen keine Verjährung zu Gute kommen könne, weil es für diese schwierig und bedenklich sei, mit ihren Ansprüchen gegen ihren Fürsten, welchem sie doch Ehrfurcht schuldig seien, hervorzutreten, ist mit Recht von Anderen verworfen worden, weil nach der in den teutschen Staaten bestehenden Rechtsordnung und Verfassung die Verfolgung von Rechtsansprüchen gegen das Staatsoberhaupt ebenso zusteht, wie gegen Privatpersonen, indem dasselbe als Beklagter vor den dazu bestimmten Gerichten Recht nehmen muß.

2) Personen, zu deren Nachtheil die Verjährung wirksam sein kann. a) Im allgemeinen. Die Verjährung ist gegen Alle wirksam, welche nicht aus besonderen Rücksichten von den nachtheiligen Wirkungen derselben durch ausdrückliche Begünstigung ausgenommen sind. Im ältesten römischen Rechte findet sich nur eine einzige, in den 12 Tafeln enthaltene Ausnahme, zufolge welcher eine usucapio gegen die in der gesetzlichen Tutel ihrer Agnaten stehenden Frauenspersonen insofern unstatthaft ist, als eine zu ihrem Vermögen gehörige res mancipi dadurch erworben werden soll [231]). Wenn indessen

228) L. 1. §. 1. D. 4. 6.: „... item si quis quid usu suum fecisset ... cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumque agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocari non liceret, neque defenderetur ... earum rerum intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit ... in integrum restituam." Vergl. die Erläuterungen dieser Stelle in L. 21—25. L. 26. pr. §. 1. 2. L. 30. 31. D. eod.

229) L. 26. §. 8. D. 4. 6.

230) L. 15. §. 3. D. 4. 6.

231) Zum Theil war dieses schon aus Cic. ad Atticum I. 4. Orat. pro Flacco cap. 34. bekannt. Das Nähere darüber lehrt Gai. Inst. Comm. II. §. 47.

die persönlichen Verhältnisse derjenigen, welche durch die Verjährung, namentlich durch die usucapio und später durch die longi temporis praescriptio, in Schaden gebracht wurden, die Rechtsverkürzung unbillig erscheinen ließen, z. B. bei Abwesenden, so war die in integrum restitutio das Mittel, die Forderungen der Billigkeit mit dem strengen Rechte auszugleichen[232]). In der späteren Zeit kommen dennoch mehrere Fälle vor, in welchen aus Rücksicht auf die Person des Betheiligten die Verjährung ausgeschlossen oder doch die Verjährungszeit verlängert ist. Auf diese Weise sind begünstigt: 1) die Kinder unter väterlicher Gewalt, 2) die Minderjährigen, 3) die Kirchen und milden Stiftungen, 4) die Städte, 5) der Staat und die Person des Regenten. Ob auch die Wahnsinnigen in dieser Hinsicht begünstigt seien, ist bestritten und soll später noch erörtert werden. Diese Ausschließung der Verjährung beruht zum Theil auf dem Grundsatze, daß die gesetzliche Ausschließung der Veräußerung jedesmal stillschweigend ein Verbot der Verjährung in sich enthalte[233]), zum Theil aber darauf, daß die betreffenden Personen nicht fähig sind, ihre Rechte selbst zu verfolgen, sondern dazu nothwendig eines Vertreters bedürfen und sich selbst wider ihren Willen durch denselben vertreten lassen müssen. Doch ist ersterer Grund wenigstens im älteren Rechte der überwiegende. — Was das teutsche Recht betrifft, so sind bei der einheimischen Verjährung von Jahr und Tag ausgenommen die Unmündigen und Wahnsinnigen. Unmündigen läuft nach teutschem Rechte keine Verjährung[234]). Mit dem Eintritte der Mün-

232) Was die longi temporis praescriptio anlangt, so hat Unterholzner seine in der früheren Schrift (Verjährung durch fortgesetzten Besitz S. 306) aufgestellte Behauptung, es sei diese Verjährungsart schlechthin (ipso iure) ausgeschlossen gewesen, sobald Umstände vorhanden waren, welche doch wieder eine Restitution rechtfertigen mußten, mit Recht zurückgenommen. Denn wenn auch gegen Minderjährige die longi temporis praescriptio für unzulässig erklärt wird, so daß es gar keiner Restitution bedarf (L. 3. C. VII. 35.), so giebt es doch Stellen, welche sehr deutlich von einer in integr. restitutio gegen die l. t. praescriptio reden. L. 6. 7. C. VII. 35. Es darf daher das, was in Ansehung der Minderjährigen gilt, nicht allgemein genommen werden.

233) L. 28. pr. D. 50. 16. Auch die Publiciana in rem actio ist ausgeschlossen: „si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienare prohibeat. L. 12. §. 4. D. 6. 2. Als Grund wird angeführt: „quia his casibus neminem Praetor tuetur, ne contra leges faciat." Noch triftiger scheint der Grund zu sein, weil überhaupt die Publicianische Klage bei den, der usucapio entzogenen, Sachen nicht statthaft ist. L. 9. §. 5. D. 6. 2. Gans, Scholien zum Gajus S. 252, hält durch das Veräußerungsverbot nur das Verlierenwollen durch usucapio zugleich für verboten, keineswegs aber die usucapio überhaupt für ausgeschlossen. Da aber nach der gesetzlichen Voraussetzung die Verjährungszeit selbst als hinreichend gilt, um die usucapio durch Verfolgung der Ansprüche zu hindern, so ist in gewisser Hinsicht jede usucapio als eine mit Willen, wenn auch blos aus Nachlässigkeit, zugelassene anzusehen.

234) Görlitzer Lehenr. Cap. 18. „Binnen zwelif jarin sulin sich die kinder an nichts vorsumin." Vetus auct. de benef. I. 68. Freiburg. Stat. v. 1120 §. 33. Vgl. Kraut, Vormundschaft nach den Grundſ. des teutschen Rechtes Bd. 1, S. 120. Daher muß auch der Verkäufer einer Sache gegen Unmündige

digkeit ändert sich dies aber und wenn der mündig Gewordene nun nicht binnen Jahr und Tag, vom Eintritte der Mündigkeit an, seine Ansprüche geltend macht, so wird er, falls der Besitz seines Gegners die Erfordernisse einer rechten Gewere hat, mit denselben ausgeschlossen [235]). Auch Wahnsinnige sind nach einzelnen Rechtsquellen von der Verjährung von Jahr und Tag ausgenommen [236]). Uebrigens spricht der Sachsenspiegel [237]) den Satz aus: „Daz riche und der swabe en mugen sich nummer verswigen an irme erbe, die ez gezugen mugen." Hiernach sind Gegenstände, in Ansehung welcher dem Reiche [238]) ein Anspruch zusteht, der Verjährung entzogen [239]). Ein anderes besonderes Recht fand zu Gunsten der Schwaben statt hinsichtlich der Ausschließung der Verjährung, dessen Ursprung im Dunkeln liegt. Das schwäb. Landrecht führt denselben auf Karl den Großen zurück, während das Görlitzer Lehenrecht [240]) eine andere Nachricht giebt. — Ueber die Frage, wie der Einfluß dieser rechtlichen Begünstigungen sich gestalte, wenn die Rechte, welche durch die Verjährung leiden sollen, von dem Einen auf den Anderen übergehen, z. B. von einem Begünstigten auf einen Unbegünstigten oder umgekehrt, hat Unterholzner [241]) folgende Grundsätze aufgestellt, denen im ganzen beigepflichtet werden kann: 1) Geht das Recht von einem Begünstigten auf einen Unbegünstigten über, so ist zu unterscheiden: a) stirbt der Begünstigte, so kann von der ihm zukommenden Begünstigung nicht mehr die Rede sein [242]), so daß die Erben dieselbe also nicht genießen, auch kein Anderer, auf welchen etwa das Recht übertragen sein möchte, sich darauf berufen kann. b) Nach vollkommener Entäußerung seines Rechtes von Seiten des Begünstigten kann die Person des früher Berechtigten nicht mehr in Betracht kommen. So kann bei der Ersitzung der Umstand, daß man von einem Minderjährigen gekauft hat, den Lauf der Verjährung ferner nicht hemmen; ebensowenig kann das Vorrecht der Kirche oder des Fiscus in Betracht kommen, wenn eine Sache der Kirche oder dem Fiscus nicht mehr gehört. Dasselbe gilt, wenn eine Obligation novirt worden ist. c) Ist die Uebertragung des Rechtes oder des Anspruches keine vollständige, z. B. es wird die

---

dem Käufer unbedingt Gewähr leisten, während er gegen Andere, außer für den Fall ihrer Abwesenheit, die Gewähr nur auf Jahr und Tag zu übernehmen braucht. Verm. Sachsensp. I. 44. pr.

235) Rigisches Ridderr. Cap. 50, 66. Die erste Stelle ist abgedruckt bei Kraut a. a. O. S. 120. Erläuternd sind hier die viel teutsches Recht enthaltenden Leges Normannorum Cap. 32. §. 2. (Ludewig, Reliq. MSS. 7. 229.) §. 12. Die Stellen sind abgedruckt bei Kraut a. a. O. S. 120, N. 13.

236) Schles. Landr. (bei Böhme, diplom. Beitr. Th. 4, S. 40) I. 44.

237) Sächs. Landr. B. 1, Art. 29. Vgl. Schwäb. Landr. Cap. 276.

238) Nach der Glosse zum sächs. Landrechte B. 1, Art. 29 dem kaiserlichen Schatze.

239) Das Görlitzer Lehenr. Cap. 33 nennt statt des Reiches den König.

240) Cap. 33.

241) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 115 flg.

242) L. 68. 196. D. 50. 17.

Ausübung des Nießbrauches einem Anderen eingeräumt oder eine Forderung cedirt, so ist die persönliche Begünstigung des bisherigen Berechtigten fortdauernd von Einfluß[243]). 2) Geht das Recht von einem Unbegünstigten auf einen Begünstigten über, so ist ebenfalls zu unterscheiden: a) Geht ein Recht so vollständig von dem einen auf den anderen über, daß die frühere rechtliche Beziehung ganz wegfällt, so muß die rechtliche Begünstigung berücksichtigt werden. Ist also eine Sache an eine Kirche gekommen, so ist die Ersitzung mit Rücksicht auf die kirchlichen Vorrechte zu beurtheilen. b) Ist blos die Ausführung des Nießbrauches überlassen oder ein Forderungsrecht cedirt worden, so kann derjenige, an welchen die Ueberlassung erfolgt ist, z. B. der Cessionar, seine persönlichen Vorrechte nicht geltend machen[244]). Gewöhnlich wird aber mit Unrecht behauptet, daß nur der Fiscus das besondere Vorrecht genieße, daß eine an ihn übertragene Forderung eines Privaten, von der Zeit an, wo sie in das Verzeichniß der fiscalischen Schuldner eingetragen ist, ebenso behandelt werde wie eine ursprünglich fiscalische Forderung[245]). b) Begünstigung der Kinder unter väterlicher Gewalt. Seit Constantin ist die Verjährung zum Besten der Kinder unter väterlicher Gewalt beschränkt. Da früher Kinder unter väterlicher Gewalt kein eigenes Vermögen besitzen und erwerben konnten (das castrense peculium ausgenommen), so fehlte es an jeder Veranlassung zu einer solchen gesetzlichen Fürsorge für ihr Bestes. Da das castrense peculium schon seit der Zeit der ersten Kaiser als der vollen freien Verfügung des Sohnes unterliegendes Vermögen desselben angesehen wurde, so fehlte es an jedem Grunde zum besonderen Schutze dieses Eigenthums gegen die Verjährung. Seitdem aber durch kaiserliche Constitutionen aus der Zeit der christlichen Kaiser an den Adventitien Eigenthum zugesichert, dem Vater aber der Nießbrauch derselben mit umfassender Verwaltungsbefugniß gestattet worden war, mußte wegen der Abhängigkeit der Kinder von der väterlichen Gewalt und der daraus für sie entstehenden Unmöglichkeit, ihre Rechte selbst zu wahren und zu verfolgen, auch eine Ausschließung der Verjährung, so lange diese Abhängigkeit von der väterlichen Gewalt dauerte, eintreten und es ist dieselbe auch wirklich gesetzlich bestimmt worden. Auch mochte dazu die dem Vater verbotene Veräußerung dieses Vermögens der Kinder mit einwirken, infolge des Grundsatzes, daß jedes Veräußerungsverbot zugleich ein stillschweigendes Verjährungsverbot enthalte. Schon die erste Constitution Constan-

243) Vgl. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte S. 547, 2. Aufl. S. auch Puchta in dem Artikel Cession im Rechtslexikon Bd. II, S. 656 flg.

244) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 554 flg. und den Artikel Cession Bd. II, S. 659 flg.

245) Es wird dies auf L. 6. pr. D. 49. 14. gestützt. Es ist aber in dieser Stelle nach der Bemerkung von Puchta in dem angef. Artikel Bd. II, S. 660 nicht von einer durch Cession, sondern durch Universalsuccession an den Fiscus übergegangenen Forderung (cum in ius privati succedit) die Rede.

tin's, welche den Kindern das Eigenthum an ihrem Muttergute zusichert und dem Vater die Veräußerung desselben zum Nachtheile der Kinder untersagt, enthält eine Ausschließung der Verjährung gegen die Kinder[246]). Als später durch Arcadius und Honorius der Begriff des Muttergutes in der Art erweitert wurde, daß darunter nicht blos das von der Mutter selbst herrührende Vermögen, sondern auch dasjenige, was von den mütterlichen Adscendenten herstammt, verstanden werden sollte[247]), mußte diese Erweiterung natürlich auch auf die Verjährung von Einfluß sein. Eine ähnliche Erweiterung war nothwendig, als unter Theodosius II. und Valentinian III. den Kindern auch an den lucra nuptialia mit Beschränkung der väterlichen Rechte das Eigenthum beigelegt wurde[248]); doch scheint man hier in Ansehung der Ausschließung der Verjährung Zweifel gehabt zu haben, welche erst durch eine, diese Ausschließung sanctionirende Verordnung von Leo und Anthemius beseitigt wurden[249]). Endlich setzte Justinian fest, daß in allen Fällen, wo die alte Regel, daß der Vater durch die Kinder erwirbt, aufgehoben ist, auch die Verjährung ausgeschlossen sein soll[250]). Nach allen diesen Verordnungen soll „nulla temporalis praescriptio" stattfinden. Unter diesem Ausdrucke ist in Justinian's Verordnung jede Art der Verjährung enthalten, namentlich also die usucapio, die longi temporis praescriptio, die praescriptio XXX vel XL annorum begriffen[251]). Auch für die Verordnung von Leo und Anthemius scheint dasselbe behauptet werden zu müssen, da die praescriptio XXX annorum damals schon eingeführt war. Für die Zeit der Verordnung Constantin's läßt sich dagegen eine Ausschließung der 30jährigen Verjährung nicht behaupten; denn erst Theodosius II. führte diese ganz allgemein ein und eine Ausnahme zu Gunsten der Kinder unter väterlicher Gewalt machte er dabei nicht. Für das Justinianeische Recht steht es aber fest, daß alle Verjährung, einschließlich der 30jährigen und 40jährigen, bei allen Arten der bona adventitia ausgeschlossen sein soll. Diese Ausschließung dauert, wie schon aus der Verordnung von Leo und Anthemius und zuletzt aus der von Justinian[252]) hervorgeht, nur so lange, als die Kinder unter der väterlichen Gewalt stehen. Später hat Justinian selbst wieder durch eine Novelle Verwirrung angerichtet. Die fragliche Stelle[253]) wird von Unterholzner,

---

246) L. 1. C. VI. 60.: quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis quandoque rem suam vindicantibus.

247) L. 2. C. VI. 60.

248) L. 1. C. VI. 61.

249) L. 4. C. VI. 61.

250) L. 1. §. 2. C. VII. 40.

251) Es geht dies aus L. 30. C. V. 12. hervor.

252) L. 1. §. 2. C. VII. 40.

253) Nov. 22. cap. 24. Vergl. über deren Auslegung Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 119 flg. und Heimbach iun., in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. XVI, S. 28—33.

welcher sich zunächst nur auf die Uebertragung der vulgata stützt, dahin ausgelegt, daß die 30jährige Verjährung hinsichtlich der zu den lucra nuptialia gehörigen Sachen, welche der Vater veräußert hat, gegen die Kinder nach Aufhebung der väterlichen Gewalt nur dann wirksam sein könne, wenn sie die Natur einer erwerbenden Verjährung habe. Heimbach iun. dagegen glaubt die Worte καὶ ἡ κατοχὴ κυρίους τοὺς λαβόντας καταστήσει nicht mit dem unmittelbar vorhergehenden πλὴν εἰ μὴ τριακονταετὴς παρέλθοι χρόνος, sondern mit den noch weiter vorstehenden Worten ἐκδικήσουσι γὰρ αὐτὰ verbinden zu müssen, wofür er das wiederkehrende Futurum geltend macht, und daß, wollte man die erstere Beziehung annehmen, die consecutio temporum καταστῆσαι statt καταστήσει verlange und findet in den Worten πλὴν εἰ μὴ τριακονταετὴς παρέλθοι χρόνος nur die der Eigenthumsklage der Kinder entgegenstehende Einrede der Klagenverjährung angedeutet. Er beruft sich dafür auch auf das Zeugniß der alten Novellenepitomatoren Julianus[254]), Athanasius[255]) und Theodorus[256]), welche sämmtlich die Stelle nur von der Klagenverjährung verstehen. Diese letztere Auslegung scheint aber eine sehr gezwungene und die Verbindung der Worte καὶ ἡ κατοχὴ — καταστήσει mit dem Satze ἐκδικήσουσι γὰρ αὐτὰ eine unnatürliche, während die Verbindung mit dem unmittelbar vorhergehenden εἰ μὴ τριακονταετὴς παρέλθοι χρόνος sich viel leichter darbietet. Auf die consecutio temporum darf in der Gräcität, wie sie zu Justinian's Zeiten war, nicht viel Gewicht gelegt werden, da der Maßstab der classischen Gräcität hier nicht mehr angelegt werden darf. Man muß daher vielmehr der Auslegung Unterholzner's beipflichten. Die Begünstigung bei den lucra nuptialia, daß hier die 30jährige Verjährung nur dann Wirkung gegen die Vindication der Kinder hat, wenn sie zugleich die Natur der erwerbenden Verjährung hat, ist allerdings etwas Besonderes und nur auf diesen Fall zu Beschränkendes, für dessen Sanction sich wohl kein genügender Grund wird auffinden lassen. Dagegen ist hinsichtlich der anderen Adventitien anzunehmen, daß schon nach der Verordnung von Leo und Anthemius die 30jährige Verjährung nach Aufhebung der väterlichen Gewalt als Klagenverjährung gegen die Vindication der Kinder wirksam war und daß sie auch als erwerbende Verjährung dem Besitzer, wenn deren Erfordernisse vorhanden sind, von derselben Zeit an berechnet, zu Statten kommt, kann, nachdem Justinian auch der 30jährigen Verjährung die Wirkung einer erwerbenden beigelegt hat[257]), nicht zweifelhaft sein. c) Begünstigung der Minderjährigen[258]). Die Ersitzung gilt in

254) Iulian. Epit. Novell. Const. 36. cap. 143.
255) Athanasius, Tit. X. Const. 2. p. 117. (ed. Heimb.)
256) Theodor. Brev. Novell. Nov. XXVII. cap. 27. (Zachariae, Anecd. p. 37.)
257) L. 8. §. 1. C. VII. 39.
258) Vgl. Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. 1, Nr. III. Unterholz=

den Quellen als eine Art der Veräußerung und wo die letztere verboten ist, ist auch die erstere ausgeschlossen [258a]). Sofern es nun an Belegen für die Annahme fehlt, daß in einer früheren Zeit, ehe eine Veräußerung gewisser Sachen der Minderjährigen verboten war, deren Ersitzung unzulässig war und da für deren Ausschließung ein etwa in dem Wesen der usucapio oder longi temporis praescriptio liegender Grund nicht aufzufinden ist, muß dieser in einem Veräußerungsverbote gesucht und die Verordnung der Unzulässigkeit der usucapio und longi temporis praescriptio im Zweifel ebenso beschränkt verstanden werden, als das Verbot der Veräußerung ausgesprochen war. Ein solches Verbot erließ zuerst Septimius Severus. Durch die Oratio D. Severi [259]) wurde im J. 196 nach Chr. zuerst den Tutoren und Curatoren verboten, praedia rustica und suburbana der Pupillen und Minderjährigen ohne letztwillige Erlaubniß ihrer Eltern oder, in deren Ermangelung, ohne obrigkeitliches Decret zu veräußern. Sie spricht nicht von der Veräußerung beweglicher Sachen und nicht von den Pupillen oder Minderjährigen, welche keinen Tutor oder Curator haben. Constantin erweiterte dieses Verbot dahin, daß von dem Vermögen Minderjähriger überhaupt nichts ohne obrigkeitliche Erlaubniß veräußert werden dürfe [260]). Aus den Worten der Oratio D. Severi: nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint, ergiebt sich, daß die Wirksamkeit der Verordnung dann eintreten soll, wenn die elterliche Fürsorge es an einer Bestimmung hat fehlen lassen. Die Verordnung will im Sinne der Eltern der Minderjährigen wirken. Hierdurch erhält ein Rescript von Alexander Severus [261]) seine wahre Bedeutung, in welchem die Usucapionsunfähigkeit von Sachen der Pupillen an ein testamentarisches Veräußerungsverbot in einem Falle, worin das Gesetz ein solches nicht ausgesprochen hatte, geknüpft wird. In ähnlicher Weise nun, wie sich eine gesetzliche Tutel zur testamentarischen verhält, verhält sich das gesetzliche

---

ner a. a. O. Bd. 1, §. 35—38, S. 121—136. Thibaut, über Unverjährbarkeit der Pupillengüter, im Archiv für civil. Praxis Bd. IX, S. 404 flg. Haimberger, über die Verjährung der Klagen der Minderjährigen und die Ersitzung ihrer Gegner, ebd. Bd. XXI, S. 229 flg. Arndts, über die Ersitzung von Sachen der Unmündigen und Minderjährigen, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proceß Bd. XX, S. 11 flg. Stephan, zur Lehre von der Ersitzung Nr. II, im Archiv Bd. XXIV, S. 361 flg. Hameaux, die usucapio und longi temporis praescriptio S. 210 flg. Daniels, de usucap. et praescriptione adversus pupillos et minores. Bonn. 1827. Für die Ausschließung der Sachen der Pupillen und Minderjährigen von der ordentlichen Ersitzung sind Unterholzner, Hameaux, Thibaut, während Arndts, Stephan, Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 317, Anm. anderer Meinung sind. Für das vorjustinianeische Recht hat Stephan die Sache am besten aufgeklärt.

258a) L. 28. D. 50. 16.

259) L. 1. D. 27. 9.

260) L. 22. C. V. 37. Ausgenommen waren bewegliche Sachen, welche durch Aufbewahrung am Werthe verlieren.

261) L. 2. C. VII. 26.

Veräußerungsverbot zu dem letztwillig verfügten. Das Gesetz will in beiden Fällen nur die vermißte letztwillige Verordnung ergänzen, und es ist consequent, an diese letztere, zu Gunsten der Pupillen, dieselbe Wirkung zu knüpfen, welche es selbst an seine ergänzende Bestimmung knüpft, nämlich hier: das Verbot der Usucapion der Sclaven, deren Veräußerung der Testator ausdrücklich untersagt hatte und welche dennoch von den Tutoren veräußert worden waren. Es kann hiernach diese Verordnung nicht lediglich auf den Fall beschränkt werden, wenn das letztwillige Veräußerungsverbot Sclaven betrifft [262]), sondern sie gilt ihrem Grunde nach auch hinsichtlich anderer beweglicher Sachen, welche der Erblasser seinen unmündigen Erben aus besonderen Gründen erhalten wissen wollte. Dem steht nicht entgegen, daß zu der Zeit von Alexander Severus die Veräußerung beweglicher Sachen der Pupillen noch nicht von der obrigkeitlichen Erlaubniß abhing, sondern dies erst seit Constantin der Fall war. Denn die Veräußerung einzelner Sachen, beweglicher und unbeweglicher, im letzten Willen zu untersagen, stand jedem Testirer unbestritten zu jeder Zeit zu, und bei unmündigen Erben, denen der Testator gewisse Sachen erhalten wissen wollte, war dies ganz außer Zweifel, da hier ein Betheiligter, dessen Nutzen das Verbot bezweckte, jedenfalls vorhanden war. Diese Wirkung eines letztwilligen Veräußerungsverbotes, welches, wie die Oratio D. Severi, lediglich in der Schutzbedürftigkeit der Pupillen seinen Grund hat, ist über diesen Fall nicht auszudehnen. Unnöthig ist es, in die Veräußerung, von welcher das Rescript spricht, eine eigennützige Absicht der Tutoren hineinzutragen und in der Eigenschaft der von ihnen veräußerten Pupillensache als res furtiva den Grund der Usucapionsfähigkeit zu suchen, indem zu der Annahme eines Verkaufes der Tutoren aus eigennütziger Absicht das Rescript nicht den mindesten Anhalt bietet. Dieser Grund kann auch nicht in der fideicommissarischen Eigenschaft des veräußerten Gegenstandes gefunden werden. Zwar streiten dagegen nicht die Worte des Rescriptes [263]), da die Sclaven als legatum praeceptionis dem einen oder anderen der Erben zugewendet sein können [264]); es kann aber deshalb hieran nicht gedacht werden, weil die Veräußerung und Ersitzung der Vermächtnisse erst viel später von Justinian untersagt worden ist [265]), wobei eine eigennützige Absicht des Onerirten vorausgesetzt wird, wovon in dem Rescripte von Alexander Severus nicht die Rede ist. Eine sehr verbreitete Ansicht geht dahin, daß den Pupillen über-

262) Diese Beschränkung nimmt an Cuiacius, comm. ad tit. C. de usucap., welcher den Grund dieser Bestimmung analog der Verabredung beurtheilt, durch welche bei der Veräußerung eines Sclaven dessen Freilassung dem Käufer untersagt werden darf und diese, wenn sie gegen das Verbot geschah, ungiltig wird. L. 5. C. IV. 57.

263) A. M. ist Unterholzner a. a. O. Bd. 1, N. 140, S. 136.

264) Vgl. Buchholtz, Lehre von den Prälegaten (Jena 1850) S. 146 flg.

265) L. 3. C. VI. 43.

haupt keine Ersitzung, weder die ordentliche, noch die außerordentliche, weder hinsichtlich der Immobilien, noch in Ansehung der Mobilien laufe (praescriptio quiescit, dormit). Es werden dafür mehrere neuere Verordnungen angeführt, die bekannte Verordnung Theodosius II., welche die 30jährige Verjährung der persönlichen Klagen und der dinglichen Universalklagen einführt (L. 3. C. VII. 39.), die Verordnung Justin's I., welche von der hypothekarischen Klage spricht (L. 7. pr. C. VII. 39.) und die schon unter b. besprochene Nov. 22. cap. 24. Ob diese Verordnungen für das Justinianeische Recht den behaupteten Satz beweisen, ist später zu untersuchen. Vorerst ist das frühere Recht zu beleuchten. Der schon angedeutete Zusammenhang der rechtlichen Möglichkeit der Veräußerung und der Ersitzung muß hierbei der Hauptgesichtspunkt sein für die Auffassung der Stellen, welche für die Behauptung angeführt werden, daß schon im vorjustinianeischen Rechte, vor der L. 5. C. in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est (II. 40. (41.)) der Erwerb von Sachen der Pupillen durch usucapio oder longi temporis praescriptio unstatthaft gewesen sei. Die eine Stelle von Paulus [266]) spricht davon, daß, wenn Jemand mit einem Pupillen ein Grundstück gemeinschaftlich im Eigenthum hat, ungeachtet beide sich der Wegegerechtigkeit nicht bedienen, doch der andere Miteigenthümer wegen des Pupillen dieselbe behalte. Diese Entscheidung läßt sich verschieden erklären. Unterholzner [267]) findet in dieser Stelle den entscheidendsten Beweis, daß Unmündige zur Zeit des Paulus gegen die usucapio geschützt werden, indem, wenn der Unmündige nicht einmal durch befreiende Verjährung leiden soll, noch viel weniger eine erwerbende Verjährung gegen ihn wirksam gewesen sein könne. Es würde aber nur mittelst eines Sprunges auf die Unstatthaftigkeit der usucapio geschlossen werden können. Die Stelle redet blos von einer Servitut. Eine usucapio, welche zum Erwerbe von Servituten führte, gab es aber nach der lex Scribonia schon längst nicht mehr, sondern nur einen Erwerb derselben durch longi temporis praescriptio. Man könnte also allein auf die Unstatthaftigkeit der letzteren zu Gunsten der Pupillen schließen. Da Paulus noch unter Alexander Severus lebte und nicht erweislich ist, daß er das 15. Buch ad Plautium, aus welchem die fragliche Stelle entlehnt ist, vor der Oratio D. Severi (des Septimius Severus) geschrieben habe, so liegt es nahe, durch den Einfluß dieser Verordnung auch die von ihm hervorgehobene Unzulässigkeit der longi temporis praescriptio zu erklären, da sich die Servituten den unbeweglichen Sachen der Minderjährigen, deren Veräußerung jene verbot, anschließen und da auch der Verlust der Servituten durch Nichtgebrauch als Veräußerung bezeichnet wird [268]). Die Stelle läßt aber noch die

266) L. 10. pr. D. 8. 6.
267) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 128 flg.
268) L. 28. D. 50. 16.

andere einfachere Erklärung zu, daß der Pupill die Wegegerechtigkeit, obgleich er sie nicht ausübt, dem Grundstücke und folglich dem Miteigenthümer, der dieselbe ebenfalls nicht ausübte, deshalb erhält, weil er wegen Mangels des animus possidendi ebensowenig durch non usus eine quasi possessio verlieren, als den juristischen Besitz einer Sache aufgeben kann [269]). Noch werden zwei andere Stellen aus Schriften von Paulus, welche vermuthlich auch erst nach der Oratio D. Severi geschrieben sind, für die Usucapionsunfähigkeit der Pupillensachen angeführt; L. 48. pr. D. 41. 1. und L. 2. §. 15. D. 41. 4. In der ersten Stelle heißt es: Nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit, necne veluti si pupilli sit, aut vi possessa etc. In den Basiliken wird gelesen: ἀγρὸν τοῦ δήμου ὄντα, es hat mithin in der von dem Anonymus, dessen Digestensumme in den Basiliken benutzt worden ist, benutzten Handschrift statt der Florentinischen Lesart pupilli, gestanden populi. Selbst wenn die Lesart pupilli für die richtige gehalten wird, kann doch diese Stelle nicht dafür, was sie beweisen soll, angeführt werden. Denn theils deutet die auch sonst vorkommende Verwandelung des ursprünglichen usucapere in longo tempore capere durch die Compilatoren in Stellen, wo nur von Immobilien die Rede ist, an, daß auch hier nur an unbewegliches Mündelgut, dessen Veräußerung verboten war, gedacht war; theils bestätigt dies der Zusammenhang mit dem zunächst Vorhergehenden, wo von der Separation der Früchte vom Grund und Boden, mithin von unbeweglichen Sachen die Rede war. Auch konnte Paulus recht wohl die Pupillensachen, soweit sie durch die Oratio D. Severi der Veräußerung und in dessen Folge auch der Ersitzung entzogen waren, mit den res vi possessae zusammenstellen, als Beispiele und Belege zu dem aufgestellten Satze, daß der bonae fidei possessor auch die Früchte einer der Ersitzung entzogenen Sache durch Separation erwerbe [270]). In der zweiten Stelle wird gesagt: wenn Jemand von einem Pupillen ohne auctoritas tutoris, in der Meinung, daß derselbe pubes sei, gekauft hat, so ist die Usucapion statthaft, ut hic plus sit in re, quam in existimatione; weiß aber der Käufer, daß der Verkäufer impubes ist, glaubt aber, daß Pupillen ihre Sachen ohne Beitritt des Tutor veräußern können, so tritt keine usucapio ein, weil Rechtsirrthum Niemandem nützt. Unterholzner [271]) stellt hier die Alternative zwischen einer von Cujacius [272]) vorgeschlagenen Verbesserung: ut hic plus sit in existimatione, quam in re — und der ihm selbst gezwungen erscheinenden Voraussetzung des Pulväus [273]), es sei hier von einem Falle die Rede, wo die veräußerte

---

269) L. 29. D. 41. 2. Vgl. Stephan a. a. O. S. 368.

270) Vgl. Stephan a. a. O. S. 368 flg. Hierdurch hebt sich das Bedenken von Gans, Scholien zum Gajus S. 257.

271) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 128, 129.

272) Cuiac. Comm. ad tit. Dig. de usurp. et usucap. h. l.

273) Pulvaeus ad legem Atiniam cap. ult.

Sache nicht dem Pupillen selbst, sondern einem Dritten gehört hat, und die Frage sei diese, ob die Wirklichkeit (res), daß nämlich die Sache nicht dem Pupillen gehöre, mehr gelten solle, als die falsche Voraussetzung (existimatio), daß sie Mündelgut sei; mit Recht werde das Erstere angenommen (plus sit in re, quam in existimatione). Allein die Stelle knüpft offenbar ihre Entscheidung nicht an einen Irrthum hinsichtlich des veräußerten Gegenstandes, sondern ganz ausdrücklich an einen Irrthum über das Alter, bezüglich die Unmündigkeit des Verkäufers (quem puberem esse putem) an. Gegen die von Cujacius vorgeschlagene Verbesserung, welche er selbst später zurücknahm, unter Billigung der Erklärung des Pulväus, spricht die Uebereinstimmung der Handschriften in jener Lesart und die Möglichkeit einer von Stephan[274]) versuchten einfacheren und befriedigenderen Erklärung. Zunächst wird die Frage erhoben, welchen Einfluß der factische Irrthum des Käufers hat, welcher den unmündigen Verkäufer für mündig hielt. Ein pubes kann ohne Beitritt des Tutor giltig veräußern und Eigenthum durch Tradition übertragen; ein impubes nicht, welcher einen Tutor hat. Im ersten Falle kann der Käufer die von dem Unmündigen ihm verkaufte Sache usucapiren[275]) (usucapionem sequi); er

---

274) Stephanus a. a. O. S. 370—373.

275) Auf Grund eines titulus putativus, gleich demjenigen, welcher von einem furiosus kauft, ohne mit dessen Geisteszustande bekannt zu sein. L. 7. §. 2. D. 6. 2., in welcher Stelle Ulpian referirt, daß Marcellus dem Käufer in diesem Falle die Usucapion verstatte und Ulpian selbst daraus folgert, daß der Käufer auch die Publicianische Klage habe. Viele, z. B. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 480, N. 479. Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 273, N. 5 und vor ihnen Glück, Erl. der Pand. Bd. 8, S. 349—351, finden einen unauflöslichen Widerspruch zwischen dieser Stelle und der L. 2. §. 16. D. 41. 4., wo in demselben Falle utilitatis causa die Usucapion von Paulus verstattet wird, „quamvis nulla esset emtio“, woran dann die weitere Folgerung geknüpft wird: et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis. Beide Stellen halten in dem angeführten Falle die Usucapion für zulässig; die erstere folgert hieraus auch die Zulässigkeit der Publicianischen Klage, während die zweite diese Klage nicht zu verstatten scheint. Mit richtigem Sinne hat man jedoch bei dieser Auffassung an dem von Ulpian gebilligten Ausspruche des Marcellus festgehalten, obwohl die von Vangerow dafür angeführten Gründe, weil er der aequitas mehr entspreche und weil er in dem Titel stehe, in welchem ex professo die Publicianische Klage abgehandelt werde und also Nachlässigkeit der Compilatoren am wenigsten zu vermuthen sei, weniger in das Gewicht fallen als der viel näher liegende Grund, daß der Ausspruch des Marcellus lediglich eine consequente Ausdehnung der Worte des Edictes: „Si quis id, quod traditur ex iusta causa a non domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo“ ist, indem von beiden Juristen dem Käufer einer Sache von einem Wahnsinnigen die Usucapion selbst verstattet wird. Bei Paulus ist die auffallende, nicht zu rechtfertigende Inconsequenz, welche in der Versagung der Publicianischen Klage liegen würde, nicht zu erwarten. Eine solche ist ihm ebensowenig vorzuwerfen, wie den Compilatoren eine nachlässige Aufnahme von Widersprüchen. Er stimmte mit Marcellus in der Zulässigkeit der Usucapion in dem behandelten Falle überein und beseitigt noch sorgfältiger als dieser den Zweifelsgrund, daß ja der Kauf doch eigentlich nichtig, folglich

bedarf aber auch der Usucapion zum Erwerbe des Eigenthums daran, indem sein Irrthum ohne weiteres diese Wirkung nicht hervorbringen kann, weil es wegen der Nichtigkeit der Veräußerung infolge der Unmündigkeit des Verkäufers an einer iusta causa traditionis fehlt. — Plus est in re, quam in existimatione — konnte und mußte es deshalb heißen. — An diese Frage knüpft sich nun die zweite: wie, wenn der Käufer die Unmündigkeit des Verkäufers kannte, sich aber in

---

wegen mangelnden Titels die Usucapion unstatthaft sei, durch die Bemerkung, daß diese Abweichung vom strengen Rechte durch die Rücksicht auf die Sicherheit und Lebhaftigkeit des Verkehres sich rechtfertige („constitit, usucapere utilitatis causa me posse"). An eben diesen Zweifelsgrund wird nun das Folgende angeknüpft (et ideo —). Nämlich, obgleich dem Käufer ausnahmsweise (utilitatis causa) die Usucapion verstattet wird (quamvis nulla esset emtio), so werden doch andere Rechtsgrundsätze dadurch nicht unanwendbar; der Verkauf gilt in sonstiger Beziehung nicht; der wahnsinnige Verkäufer ist nicht etwa als Verkäufer zu behandeln und den Verbindlichkeiten desselben zu unterwerfen, und insbesondre soll er durch das nichtige Geschäft überall keinen Nachtheil haben. Davon wird eine Anwendung in dem beibehaltenen Beispiele gemacht, da die vermeintlich gekaufte Sache nicht dem Verkäufer (dem Wahnsinnigen) selbst, sondern einem Dritten gehörte, weil eben in einem solchen Falle die Haftpflicht des Verkäufers am meisten hervortritt und diesen das Edict vor Augen hat: — 1) er braucht dem Käufer nicht für Eviction zu haften (quia nulla est emtio); 2) er kann, wenn er später das Eigenthum der verkauften Sache erworben hat und wieder in deren Besitz gelangt ist, dem Käufer, welcher sie ihm durch die Publicianische Klage wieder entziehen will (L. 2. D. 21. 3.) die Einrede: si non sua esset (L. 4. §. 3. D. 44. 4.) entgegensetzen, ohne, wie sonst ein Verkäufer, die Zurückweisung damit durch die replicatio rei venditae et traditae fürchten zu müssen; endlich kann auch 3) sein Besitz dem Usucapionsbesitze des Käufers nicht zugerechnet werden (keine accessio possessionis stattfinden), weil nur emtori tempus venditoris ad usucapionem procedit (L. 2. §. 20. D. 41. 4. cf. L. 7. §. 1. D. 18. 1. — L. 14. §. 2. L. 15. §. 6. D. 44. 3.) und im vorliegenden Falle emtio nulla est. — Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß Paulus hinsichtlich der Zulässigkeit der Publicianischen Klage für den usucapirenden Verkäufer, sofern sie gegen irgend einen Dritten in Frage kommt, völlig der Ansicht des Marcellus war, welcher von der Usucapion consequent auf die Publicianische Klage schließt; während umgekehrt Marcellus an die durch den consequenten Schluß von der Nichtigkeit des Verkaufes gebotene Ausnahme nicht gerade dachte, welche Paulus besonders hervorheben wollte. — Diese Erklärung ist schon von Accursius angedeutet und es ist auffallend, wie sie durch die Erwiederung, „die Worte der L. 2. §. 16. D. 41. 4. enthalten von jener Distinction nichts; vielmehr streite der von Paulus angeführte allgemeine Grund dagegen" (Faber, coniect. iur. civ. Lib. I. cap. 18. Glück a. a. O. Bd. 8, S. 350, N. 28) hat verdrängt werden können, da nach ihr der Inhalt der Stelle ebenso klar zu sein scheint, als wenn die Worte „nec Publiciana competit" als unecht gestrichen werden, wofür kein anderer Grund angeführt wird, als daß der griechische Uebersetzer Constantin sie nicht mit übersetzt habe, eine Ansicht, welche Cuiacius, comm. ad L. 2. §. 16. D. 41. 4. aufgestellte, später aber in den Observ. Lib. XVI. cap. 29. wieder aufgab, dennoch aber von Denzinger, die accessio possessionis (Würzburg 1842) S. 86, wieder aufgenommen und ohne weitere Gründe gebilligt wird. Vgl. Stephan a. a. O. N. 17, S. 370—372, der diese hier vorgetragene Erklärung umständlich begründet hat. Andere Versuche, jene oben gedachten Stellen zu vereinigen s. bei Glück a. a. O. S. 351, N. 28.

dem (Rechts-) Irrthum befand, daß die auctoritas tutoris für denselben bei dem Verkaufe nicht nothwendig sei? In diesem Falle ist der Verkauf wie im ersten nichtig; aber der Käufer kann nicht einmal usucapiren (non capies usu) — quia iuris error nulli prodest. Durch diese Erklärung erhält nun auch ein Rescript Diocletian's und Maximian's[276]) seine unzweifelhafte Bedeutung. Es wird darin ausgesprochen, daß denjenigen, welcher von einem ohne auctoritas tutoris verkaufenden Pupillen erwerbe, kein Ablauf eines longum tempus schütze (nullum temporis longi spatium defendit); wenn aber der Verkäufer durch das Geld des Käufers bereichert, nach der Pubertät den Vorwand des Rechtes zu unbilligem Vortheile benutze, so stehe ihm die doli mali exceptio entgegen. Man braucht dieses Rescript nicht, wie man versucht hat, auf den Fall zu beziehen, daß der Käufer die Unmündigkeit des Verkäufers kannte, aber in der Meinung stand, daß ein solcher Kauf rechtlich zulässig sei. Denn es wird dieses in dem Rescripte nicht angedeutet, und dann verstand sich die Unmöglichkeit der Ersitzung in diesem Falle schon nach dem früheren Rechte von selbst, quia iuris error nulli prodest. Wohl aber hat das Verbot der Ersitzung der einem Pupillen irrthümlich abgekauften Sache Sinn, sofern dieselbe (nach der L. 2. §. 15. D. 41. 4.) als nicht unter das beschränkte Veräußerungsverbot der Oratio D. Severi fallend, in einer früheren Zeit gestattet gewesen war, seit der Erweiterung dessen aber durch die Verordnung Constantin's ebenfalls eine, fast einer Aufhebung gleichkommende, neue Beschränkung erfahren hatte. Dieses Rescript hat noch eine andere Bedeutung, indem es anscheinend demjenigen, welcher von einem Unmündigen kaufte, jene Ersitzung aus einem putativen Titel abspricht, welche L. 2. §. 15. D. 41. 4. ihm und die L. 7. §. 2. D. 6. 2. demjenigen, welcher von einem furiosus kaufte, gestattet. Dies ist aber in der That nicht so. Vielmehr verhält sich das erwähnte Rescript (L. 9. C. VII. 26.) zu der L. 2. §. 15. D. 41. 4. ähnlich, wie die L. 2. §. 16. D. eod. zu L. 7. §. 2. D. 6. 2. Die usucapio wie die longi temporis praescriptio ist in jenen beiden Fällen für den bonae fidei emtor zulässig, nur nicht gegen den verkaufenden furiosus oder impubes selbst, weil diese beiden unter dem zu ihren Gunsten für nichtig erklärten Geschäfte nicht leiden sollen. Daß das Rescript (L. 9. C. cit.) nur von diesem Falle spricht, geht aus den Schlußworten desselben hervor: Sed si locupletior emtoris pecunia factus, post pubertatem occasionem iuris ad iniquum trahat compendium, doli mali summovebitur exceptione. Noch haben den Auslegern zwei Stellen viel Mühe gemacht, von welchen die eine, im Widerspruche mit der anderen, die Usucapion einer verkauften Pupillensache dem Käufer — auch gegen den Pupillen — zu gestatten, die andere sie für unwirksam zu erklären scheint. Die erstere von Celsus[277]), mithin aus der Zeit vor der

---

276) L. 9. C. VII. 26.
277) L. 2. D. 27. 5.

Oratio D. Severi stammend, sagt: wenn Jemand, der nicht Tutor ist, aber pro tutore negotia gessit, eine Sache des Pupillen verkauft hat und diese nicht usucapirt worden ist (nec ea usucapta est), so kann der Pupill solche vindiciren, obgleich ihm Caution geleistet ist; als Grund wird hinzugefügt: non enim eadem huius, quae tutoris, est rerum pupilli administratio. Die andere Stelle von Ulpian[278]), wahrscheinlich nach der Oratio D. Severi geschrieben und leicht auf eine bewegliche Sache zu beziehen, welche nicht unter das Veräußerungsverbot der Oratio fiel, stellt die Frage auf, ob der dolus des Nichttutor, welcher pro tutore negotia gerit, dem Pupillen schade. Ulpian verneint die Frage; denn wenn der Protutor eine Sache verkauft habe und diese usucapirt sei (et usucapta sit), so schade die doli exceptio nicht dem Pupillen, der seine Sache verfolge (pupillo rem suam persequenti), obgleich ihm Caution geleistet sei; als Grund wird hinzugefügt: quia huic rerum pupilli administratio concessa non fuit. Schließlich äußert Ulpian seine Meinung dahin, er neige sich hiernach mehr dahin, daß die exceptio de dolo tutoris dem Pupillen entgegenstehe. In der Lesart der letzteren Stelle et usucapta sit stimmen alle Handschriften überein. Cujacius[279]) führt zwar als Lesart der entsprechenden Basilikenstelle[280]) an: *καὶ μὴ οὐσουκαπιτεύσῃ αὐτό*, und liest demnach statt et usucapta sit vielmehr nec usucapta sit. Er hat aus einer nicht mehr aufzufindenden Basilikenhandschrift geschöpft[281]). Dagegen hat die noch vorhandene Basilikenhandschrift, aus welcher Reitz Basil. lib. XLIX—LII. herausgegeben hat (Cod. Paris. gr. 1357.), als Basilikentext, welcher die Lesart et usucapta sit bestätigt: *καὶ διὰ τό χρᾶσθαι δεσπόσῃ αὐτὸ ὁ ἀγοραστής*[282]). Es kann hiernach eine Abweichung der Basiliken nicht einmal angenommen werden. Wollte man aber auch auf die Auctorität der von Cujacius benutzten Basilikenhandschrift hin eine solche annehmen, so würde doch darum die Lesart et usucapta sit nicht zu verwerfen sein, da sich nachweisen läßt, daß die Stelle, wenn diese Lesart beibehalten wird, mit der Stelle von Celsus (L. 2. D. 27. 5.) nicht im Widerspruche steht. Cujacius glaubte, das „et" deshalb in „nec" verwandeln zu müssen, weil, wenn eine Usucapion der vom Pupillen veräußerten Sache vor-

---

278) L. 4. §. 24. D. 44. 4.

279) Cuiacius, Observ. Lib. XV. cap. 22.

280) Basil. Lib. LI. Tit. 4. cap. 4.

281) Diese Handschrift enthielt Basil. Lib. XLIX—LIX. Sie enthielt eine ältere Textesrecension der Basiliken, wie aus dem beibehaltenen lateinischen und griechisch formulirten Ausdrucke *οὐσουκαπιτεύσῃ* hervorgeht.

282) Es ergiebt sich hieraus, daß die dem Cujacius bekannte, nicht mehr aufzufindende Basilikenhandschrift, aus welcher noch Zachariä von Lingenthal (historiae iuris Graeco-Romani delineatio) §. 30, S. 47, N. 15, der Cod. Paris. gr. 1357. auf Befehl von P. Faber abgeschrieben sein soll (Faber, Semestria III. 19.) von letzterer Handschrift verschieden war und eine mehr ursprüngliche Textesrecension mit Beibehaltung der lateinischen, wenn auch griechisch formulirten, Kunstausdrücke enthielt.

ausgesetzt werde, nicht mehr habe gesagt sein können: pupillo rem suam persequenti. Es ist aber hierbei nicht blos an eine Vindication, sondern zunächst an die Restitutionsklage, gerichtet auf Rescission der abgelaufenen Ersitzung, zu denken, worauf auch schon die Glosse hinweist. Das Bedenken von Cujacius, daß nichts von einer Rescission der Usucapion gesagt sei, ist unerheblich, da die Worte wenigstens es zulassen, diese, als das Mittel zur Vindication, vorauszusetzen[283]) und eine andere Erklärung nicht übrig ist. Hiernach lassen sowohl Celsus als Ulpian die Usucapion einer Pupillensache zu. Beide Stellen unterscheiden sich von den früher angeführten des Paulus, daß sie nicht eine Veräußerung derselben durch den Tutor oder den Pupillen, sondern durch einen Protutor voraussetzen, welche an sich kein Eigenthum übertragen kann[284]); unter einander weichen sie wieder darin ab, daß in dem von Celsus behandelten Falle von einem dolus des Protutor nicht die Rede ist, während Ulpian an seinen Fall die Hauptfrage knüpft: an dolus ipsius noceat pupillo? Ulpian verneint diese Frage. Ist auch von dem Protutor dem Pupillen Caution bestellt, so hat diese, mittelst welcher derselbe sich wegen der Verwaltung des Protutors schadlos halten kann, doch manches Unsichere. Die Verwaltung des Protutor war eine durchaus unberechtigte; der Pupill kann deshalb nicht auf das Recht aus jener Caution beschränkt werden[285]). Deshalb kann den Käufer der Pupillensache, mag er sie auch usucapirt haben, gegen die Vindication, bezüglich gegen die Restitutionsklage des Pupillen nicht die Einrede des dolus desjenigen schützen, welcher für den Pupillen verkaufte. Der Käufer, welcher sich mit dem Protutor einließ, nicht der Pupill, muß deshalb an den Protutor mit einem Entschädigungsanspruche verwiesen werden. Anders verhält es sich, wenn ein Tutor doloser Weise eine Sache des Pupillen veräußerte. Will der Pupill sie nun mittelst einer Restitutionsklage dem Käufer wieder abnehmen, welcher sie, wenn sie dem Pupillen gehörte, durch Tradition sofort, außerdem durch usucapio erwirbt, dann hat der Besitzer einen Grund, den Pupillen mit der Einrede des dolus zurückzuweisen und an den Tutor zu verweisen, welcher zu Veräußerungen, natürlich innerhalb der gesetzlichen Schranken, befugt war. Zur Annahme eines Widerspruches zwischen den übrigens fast gleichlautenden Aussprüchen von Celsus und Ulpian ist man deshalb nicht genöthigt, weil Celsus, den Fall entscheidend, wo der Käufer der Pupillensache von dem Protutor noch nicht usucapirt hatte, damit nicht ausschließt, daß die Entscheidung ebenso laute, wenn derselbe zwar usucapirt hat, aber dem dolus des Protutors seinen Er-

283) Denn rem suam persequi kann von dem Pupillen ebensowohl gesagt werden, wenn er durch Rescission der Usucapion auf dem Wege der Restitution seine Sache wieder erlangen will, als wenn er unmittelbar vindicirt.

284) L. 8. D. 27. 9.

285) L. 2. D. 27. 5.: non enim eadem eius, quae tutoris, est rerum pupilli administratio. L. 6. D. 27. 6.

werb verdankt. Ist ein dolus nicht erweislich, dann schützt die Einrede der Usucapion den Käufer gegen den vindicirenden Pupillen, und letzterer hat auf eine Restitutionsklage keinen Anspruch, sofern, wie Celsus voraussetzt, der Pupill bei der Veräußerung nicht übervortheilt war. Umgekehrt mußte Ulpian an den Fall der von dem Käufer vollendeten Usucapion anknüpfen (et usucapta sit); denn wenn die Usucapion, wie in dem von Celsus behandelten Falle, noch nicht vollendet war (nec ea usucapta sit), dann war dem Pupillen die wirksame Vindication der Sache gewiß und es hätte gar nicht der Frage: an dolus eius (qui pro tutore negotia gerit) noceat pupillo? bedurft. — Blos von einer Usucapion beweglicher, mithin nicht unter das Veräußerungsverbot der Oratio D. Severi fallender, Pupillensachen, sprechen andere Stellen, welche eine Usucapion der vom Tutor oder einem Dritten dem Pupillen entwendeten Sachen für unstatthaft erklären[286]; denn nur bewegliche Sachen können Gegenstand des furtum sein. Indem diese Stellen hervorheben, daß die Entwendung der Sache — durch den Vormund selbst oder einen Dritten, ein Hinderniß ihrer Usucapion ist, bezeugen sie — abgesehen von diesem Falle — deren Anwendbarkeit auf bewegliches Mündelgut, bevor Constantin auch dessen Veräußerung untersagte[287]). Das Resultat ist, daß nach dem vorjustinianeischen Rechte die usucapio gegen Minderjährige ohne Unterschied zwischen impuberes und puberes, insoweit die Sachen derselben nicht unter das Veräußerungsverbot der Oratio D. Severi und später der Verordnung Constantin's fielen, statthaft war und nur durch Restitution dagegen geholfen werden konnte[288]). — Die longi temporis praescriptio hingegen lief den Minderjährigen nach vorjustinianeischem Rechte erst von der Volljährigkeit an, wie mehrere Constitutionen aus der Zeit vor Justinian beweisen[289]). Von den in der Note angeführten Verordnungen ist die zweite jünger als die Oratio D. Severi, die übrigen selbst jünger als die Verordnung Constantin's. Diese Ausschließung der longi temporis praescriptio ist, da ein innerer in deren Wesen liegender Grund dafür nicht erweislich ist, ebenso wie das Verbot der usucapio, auf diese Veräußerungsverbote als die gemeinsame Grundlage jenes Ersitzungshindernisses zurückzuführen. Diese Verbote galten zunächst den Vormündern und den bevormundeten Pupillen und ließen einer Ersitzung noch die Fälle übrig, wenn ein Pupill oder Minder-

---

286) L. 4. §. 11. D. 41. 3. von Paulus. L. 7. §. 3. D. 41. 4. von Julian. L. 33. D. 47. 2. von Ulpian.

287) L. 22. C. V. 37.

288) Die Zulässigkeit der Usucapion im allgemeinen und die Nothwendigkeit der Restitution dagegen ist auch anerkannt ist L. 1. C. si adversus usucapionem (IV. 35. (36.)) von Diocletian und Maximian.

289) L. 3. C. VII. 35. von Diocletian und Maximian. L. 1. C. V. 73. von Gordian. L. 3. 4. C. eod. von Diocletian und Maximian. Vgl. L. 9. C. VII. 26. bereits früher erklärt.

jähriger nicht bevormundet war und wenn Sachen derselben, bereits früher veräußert, bei dem Anfange der Vormundschaft sich schon in dem Besitze und der Ersitzung eines Anderen befanden. Es entsteht nun die Frage, ob diese Fälle im Justinianeischen Rechte stehen geblieben sind. Einige bejahen, Andere verneinen die Frage[290]). Es kommt hier alles auf die Auslegung einer Verordnung Justinian's an[291]). Im Eingange der Constitution wird zuvörderst zu Gunsten der Minderjährigkeit (favore imperfectae aetatis) verordnet, daß die exceptio non numeratae pecuniae den Minderjährigen von Anfang an nicht laufen solle. Hier ist freilich nur von der Verjährung dieser Einrede, mithin von einer erlöschenden Verjährung die Rede. Hierauf heißt es, im ausdrücklichen Gegensatze zu dieser Beschränkung, ganz allgemein: Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum restitutionem autem iis subveniebant, eas ipso iure non currere; melius etenim est, intacta eadem iura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere, videlicet exceptionibus XXX vel XL annorum in suo statu remanentibus. Vangerow giebt nun zwar zu, daß nach dem Sprachgebrauche Justinian's unter den temporales praescriptiones auch die Usucapion verstanden werden könne, erkennt auch an, daß für eine solche Auslegung der von dem Kaiser angegebene allgemeine Grund zu sprechen scheine. Er hält aber für ebenso möglich und technisch richtiger die Annahme, daß Justinian nur an die Klagenverjährung gedacht habe; für diese engere Auslegung wird zuvörderst die Veranlassung des Gesetzes (exceptio non numeratae pecuniae) geltend gemacht, als ganz entscheidend aber die Aufnahme des Codextitels: Si adversus usucapionem betrachtet, dessen ganze Bedeutung auf der Voraussetzung beruhe, daß auch gegen Minderjährige eine Usucapion möglich sei sowie auch ferner die Reception der vielen Pandektenstellen, in welchen eine solche Usucapion statuirt wird, dafür entscheide. Allein da die erwähnte Bestimmung sowohl nach den Worten[292]), als der Sache nach sich auf usucapio und longi temporis praescriptio beziehen läßt, so ist vielmehr nach einem Grunde zu fragen, diese von jener Bestimmung auszunehmen als sie mit darunter zu begreifen. Ein solcher wurde von Gans[293])

---

290) Verneint wird sie z. B. von Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 317, Anm.; bejaht von Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 122. Arndts, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XX, S. 389 flg. Stephan, im Archiv Bd. XXXIV, S. 378 flg. Dagegen nimmt Roßhirt, Civilr. Bd. 2, §. 262, nur Sachen der Pupillen während der Unmündigkeit von der ordentlichen Ersitzung aus, nicht aber Sachen anderer Minderjährigen.

291) L. 5. C. in quibus causis in integr. restit. necessaria non est. (II. 40. (41.))

292) L. 30. C. V. 12. Vgl. L. 1. C. VI. 60. L. 4. C. VI. 61.

293) Gans, Scholien zum Gajus S. 233.

darin gefunden, daß in den Justinianeischen Institutionen unter den Gegenständen, welche der Usucapion nicht unterliegen, Mündelgüter nicht aufgeführt werden. Es kann indessen auf diese Auslassung kein Gewicht gelegt werden, da die dortige Aufzählung der Usucapionshindernisse unvollständig ist, indem darin die res contra legem Iuliam repetundarum donatae, der nach seiner Bestellung zur dos veräußerte fundus dotalis, die res civitatum, die zu den Adventitien gehörigen Sachen vermißt werden. Was die von Vangerow geltend gemachten Gründe für die Beschränkung jener Bestimmung auf die Klagenverjährung betrifft, so blieb der in den Codex aufgenommenen L. un. C. Si adversus usucapionem (II. 35. (36.)) noch praktische Bedeutung für die Fälle, in welchen schon vor Erlassung der erwähnten Constitution Justinian's die Usucapion einer Sache von Minderjährigen abgelaufen war und diesen Personen daher nur durch Restitution geholfen werden konnte. Die Aufnahme der Stellen, welche von einer Usucapion von Sachen Unmündiger und Minderjähriger reden [294]), in die Pandekten erklärt sich theils daraus, daß zur Zeit des Erlasses der erwähnten Constitution Justinian's bereits ein Jahr an den Pandekten gearbeitet und gewiß schon ein bedeutender Theil des Materiales gesammelt war [295]), theils daraus, daß die dort behandelte Frage, ob der Kauf einer Pupillensache von dem Pupillen dem Tutor oder Protutor einen Usucapionstitel gewähren könne, selbst nach der gedachten Constitution immer noch für die Fälle praktische Bedeutung behielt, in welchen durch Veräußerung oder Erbfolge das Eigenthum der Sache später von dem Pupillen auf einen Volljährigen übergeht [296]). — Hiernach ist ein verschiedenes Recht der usucapio und longi temporis praescriptio hinsichtlich der Ersitzung von Sachen Unmündiger und Minderjähriger bis zur oratio D. Severi nicht erweislich. Beide Institute waren auf solche Sachen anwendbar; es giebt kein Zeugniß, welches dafür spräche, daß die longi temporis praescriptio ausgeschlossen gewesen sei. Es stand aber jenen Personen gegen die abgelaufene Ersitzung das Recht auf Restitution aus dem Grunde der Minderjährigkeit zu. Seit der oratio D. Severi liefen umgekehrt beide, die usucapio wie die l. t. praescriptio, in Bezug auf unbewegliche, seit der Verordnung Constantin's [297]) auch in Beziehung auf bewegliche Sachen erst von dem Ende der Minderjährigkeit ihres Eigenthümers, vorausgesetzt, daß er bevormundet war und deren Ersitzung nicht begonnen hatte, ehe sie in das Vermögen des Pupillen oder Minderjährigen kamen. Seit der L. 5. C. in quib. caus. in integr. restit. necessaria non est, lief keinerlei Ersitzung, weder die usucapio, noch die l. t. praescriptio, während der Minderjährigkeit der

294) Den bereits angeführten Stellen sind hinzuzufügen L. 45. pr. D. 4. 4. L. 5. §. 2. D. 26. 8.

295) Arndts a. a. O. S. 399.

296) Arndts a. a. O. S. 401.

297) L. 22. C. V. 37.

Personen, welchen die von einem Dritten besessene Sache gehört. Hiermit ist auch, wenigstens für die Frage wegen des Laufes der Ersitzung gegen Minderjährige, der später noch zu erwähnende Streit, ob die usucapio oder longi temporis praescriptio das herrschende Institut für die sogenannte ordentliche Eigenthumsersitzung sei, beseitigt. Die sog. außerordentliche Ersitzung von 30 Jahren läuft den Minderjährigen auch während der Minderjährigkeit, jedoch erst von der pubertas an. Um dies zu beweisen, ist es zugleich nöthig, den Einfluß der Unmündigkeit und Minderjährigkeit auf die Klagenverjährung in Betracht zu ziehen. Hier ist der Streitpunkt darüber, inwiefern gegen die 30jährige und mehrjährige Klagenverjährung den Kläger seine Jugend schütze [298]). Es herrschen darüber die verschiedensten Meinungen, während darüber, daß die Verjährung von Klagen, welche weniger als 30 Jahre dauern, in der Regel während der ganzen Minderjährigkeit des Klägers nicht läuft, auf Grund der L. 5. C. cit. kein Zweifel obwaltet. Nach Einigen soll die 30- und mehrjährige Klagenverjährung während der Unmündigkeit, nach Anderen während der ganzen Minderjährigkeit nicht laufen, nach Anderen endlich sollen die Klagen der Unmündigen erst in 40 Jahren verjährt werden, die der puberes, welche aber noch nicht volljährig sind, wie die der Volljährigen, schon in 30 Jahren. Von diesen Meinungen ist die erste die allein richtige. Die Verordnung Theodosius II., welche die Klagenverjährung von 30 Jahren für die bisherigen actiones perpetuae einführt [299]), nimmt die pupillaris aetas gegen diese Verjährung ausdrücklich in Schutz, unterwirft dagegen die Klagen der puberes derselben. Die Vertheidiger der Ansicht, daß während der ganzen Minderjährigkeit des Klägers keine Extinctivverjährung laufe, berufen sich auf L. 3. C. VII. 35. und auf die L. 5. C. in quib. caus. in int. rest. nec. non est (II. 40. (41.)). Die erste dieser Stellen redet gar nicht von der Klagenverjährung, sondern von der longi temporis praescriptio, gehört also gar nicht hierher, ist auch älter als die Theodosische Verordnung. Die zweite Stelle spricht deutlich nur von denjenigen Präscriptionen, gegen welche bisher Restitution wegen Minderjährigkeit möglich war, also abgesehen von der, wie wir gesehen haben, darunter mit begriffenen Ersitzung, usucapio sowohl als longi temporis praescriptio, von der Verjährung der Klagen, welche in weniger als 30 Jahren erlöschen; denn gegen die 30jährige erklärt Theodosius sofort bei ihrer Einführung die in integrum restitutio für unstatthaft. Auch wird, zur Vermeidung von Mißverständnissen, am Ende der L. 5. C. cit. noch ausdrücklich gesagt, daß es in Ansehung der 30- und 40jährigen Verjährung bei dem bisherigen Rechte verbleiben solle.

---

298) Vgl. darüber besonders Fritz, in Löhr's Magazin für Rechtsw. u. Gesetzg. Bd. IV, S. 284—297. Siehe auch Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. 1, Nr. III, S. 19 flg.

299) L. un. Th. C. IV. 14. L. 3. C. VII. 39.

Scheinbarer ist das, was die Vertheidiger der Meinung, daß die Verjährung der perpetuae actiones auch gegen Unmündige laufe, aber gegen sie erst in 40 Jahren vollendet werde, dafür anführen. Es soll dies in der Verordnung von Anastasius[300]) ausgesprochen sein, welche den allgemeinen Satz enthalte, daß alle bisher länger als 40 Jahre dauernde Klagen künftig in 40 Jahren erlöschen sollen. Enthielte diese Verordnung wirklich diesen Satz, so würde seine Anwendung auf die Klagen der Unmündigen zu einem anderen Resultate führen, als gewöhnlich behauptet wird. Nicht immer dauerten vor dieser Verordnung die Klagen der Unmündigen länger als 40 Jahre, sondern nur, wenn der Kläger zu der Zeit, wo ihm die Klage zuzustehen begann, noch mehr als 10 Jahre von der Pubertät entfernt war. Denn von Erreichung der Pubertät an soll sie nicht mehr über 30 Jahre dauern. Die Verordnung würde also, wenn sie den behaupteten Sinn hätte, nicht überhaupt bestimmen, die Verjährung der perpetuae actiones solle auch während der Unmündigkeit des Klägers laufen, aber dafür, wenn der Kläger unmündig ist, erst in 40 Jahren beendigt sein, sondern sie würde dieses nur für den angegebenen Fall bestimmen; für den anderen Fall hingegen, wenn der Kläger zu der Zeit, wo ihm die Klage zuzustehen anfängt, nicht mehr 10 Jahre von der Pubertät entfernt ist, würde sie es bei dem bisherigen Rechte bewenden lassen, nach welchem die Verjährung während der Unmündigkeit nicht läuft, aber schon in 30 Jahren beendigt ist. Allein jener Satz ist in der Verordnung gar nicht enthalten, wie deren Worte deutlich zeigen; auch hat sie gar nicht die Verjährung der Klagen der Unmündigen im Auge. Den evidentesten Beweis dafür aber, daß die Verordnung des Anastasius jenen Satz nicht enthalte, liefern spätere kaiserliche Constitutionen. Erstens zeigt eine spätere Verordnung von Anastasius[301]), welche die frühere in einer Rücksicht auslegt, daß diese, wenigstens unter anderen, auch auf die Klagen des Fiscus geht, also auf einen Fall, für welchen Theodosius gar keine Ausnahme bestimmt hatte. Zweitens setzen die späteren Verordnungen, die über die Verjährung der hypothekarischen Klage gegen den Schuldner und die über die actio finium regundorum, welche beide Klagen von Theodosius der Verjährung ausdrücklich entzogen worden waren, etwas Neues bestimmen, nicht voraus, daß diese Klagen bisher in 40 Jahren erloschen, wie Anastasius nach der Meinung der Gegner bestimmt haben soll, sondern sie setzen voraus, daß diese Klagen bisher gar keiner Verjährung unterlagen, wie Theodosius verordnet hatte. Ausdrücklich sagt dies Justinus I. von der hypothekarischen Klage in der Verordnung, in welcher er für dieselbe eine Verjährung von 40 Jahren bestimmt[302]). Wenn auch nicht ausdrücklich, doch deutlich sagt

---

300) L. 4. C. VII. 39.
301) L. 6. C. VII. 39.
302) L. 7. C. VII. 39.

es Justinian von der actio finium regundorum[303]), indem er diese der gewöhnlichen 30jährigen Verjährung unterwirft, was er nicht leicht gethan haben würde, wenn sie schon vorher an eine bestimmte Zeit gebunden gewesen wäre. Endlich setzen zwei spätere Verordnungen das Fortbestehen des Satzes, daß während der Unmündigkeit keine Verjährung läuft, speciell und so deutlich als möglich voraus. Die erste ist die bereits gedachte Verordnung Justins, worin die Dauer der hypothekarischen Klage gegen den Schuldner auf 40 Jahre beschränkt wird. Im Eingange dieser Verordnung wird von der hypothekarischen Klage gegen den dritten Besitzer gesagt, sie erlösche in 30 Jahren und dabei hinzugefügt: Si non interruptum erit silentium, ut lege cautum est, id est etiam per solam conventionem, aut si impubes aetas excipienda monstretur. Ganz außer Zweifel wird aber die Sache dadurch gesetzt, daß im §. 1 dieser Constitution von der hypothekarischen Klage gegen den Schuldner gesagt wird: non ultra quadraginta annos, ex quo competere coepit, prorogari, nisi conventio aut aetas, sicut dictum est, intercesserit. Hiernach soll die pupillaris aetas bewirken, daß eine Klage länger als 40 Jahre dauere, und dieses soll nur Anwendung eines bekannten Grundsatzes sein, welcher aber doch nicht der sein kann, daß die Klagen der Unmündigen 40 Jahre dauern. Die andere Verordnung, welche den Satz, daß jede Verjährung während der Unmündigkeit suspendirt sei, deutlich voraussetzt, ist die bereits besprochene Nov. 22. cap. 24., wo von der Verjährung der Klage des filiusfamilias auf seine von dem Vater nichtig veräußerten lucra nuptialia die Rede ist. Es wird dort ausdrücklich gesagt, die 30jährige Verjährung fange, wenn der Sohn im Augenblicke des Austrittes aus der väterlichen Gewalt noch unmündig sei, jetzt noch nicht zu laufen an. Die einschlagenden Worte sind: ἀρχομένου τοῦς παισὶν τοῦ χρόνου τρέχειν, ἐξ οὗπερ αὐτεξούσιοι φανεῖεν ὄντες ἢ γενόμενοι, πλὴν εἰ μή τις ἄνηβος ἡλικία προσβοηθήσειεν ἔτι. Da diese Novelle a. a. O. nach dem unter 6. Ausgeführten nicht blos von der Klagenverjährung, sondern vorzugsweise von der erwerbenden Verjährung von 30 Jahren spricht und diese den unmündigen filiifamilias erst von der Zeit an laufen soll, wo sie nach ihrem Austritte aus der väterlichen Gewalt mündig geworden sind, so läßt sich hiervon ein Schluß auf die 30jährige Ersitzung überhaupt machen, so daß also auch diese während der Unmündigkeit suspendirt ist. — Schließlich ist noch die Frage zu erörtern, inwiefern an den römischen Grundsätzen über Verjährung gegen Unmündige und Minderjährige durch die Reichsgesetzgebung etwas geändert sei. Die Reichspolizeiordnungen[304]) bestimmen ausdrücklich, „daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren

303) L. 1. §. 1. C. VII. 40.

304) Reichspolizeiordnung v. 1548 Tit. 31, §. 1, v. 1577 Tit. 32, §. 1. Die eingeschlossenen Worte stehen in der letzteren nicht.

vogtbaren (u. mannbaren) Jahren kommen, Vormünder gegeben werden." Das Verhältniß, in welchem die hiernach eintretende und bis zur Volljährigkeit dauernde Altersvormundschaft zum römischen Rechte steht, namentlich die Frage, ob der römische Unterschied zwischen tutela impuberum und cura minorum in Teutschland noch Anwendung finde, bleibt der Erörterung in einem späteren Artikel[305]) vorbehalten. Wir nehmen mit Kraut[306]) an, daß es in Teutschland nur Eine Altersvormundschaft bis zur Volljährigkeit gebe und jener römische Unterschied nicht mehr vorkomme. Ingleichen gehen wir davon aus, daß die puberes in Teutschland vor erreichter Volljährigkeit ebenso handlungsunfähig sind, als die impuberes nach römischem Rechte. Ist dies der Fall, so sind heutzutage alle Minderjährige rücksichtlich der Verjährung ebenso zu behandeln wie die römischen impuberes. Das Resultat ist folgendes. Rücksichtlich der ordentlichen Ersitzung verbleibt es bei den Bestimmungen des römischen Rechtes, daß dieselbe gegen Minderjährige gar nicht, sondern erst von der Volljährigkeit an läuft. Die 30jährige Klagenverjährung läuft während der Minderjährigkeit nicht, sondern beginnt erst von der Volljährigkeit[307]). Die außerordentliche Ersitzung für Sachen, welche wegen besonderer Qualitäten der Sache der ordentlichen Ersitzung entzogen sind, tritt gegen Minderjährige auch erst von der Volljährigkeit an ein. d) Begünstigung der Kirchen und milden Stiftungen[307a]). Eine Begünstigung des den christlichen Kirchen und milden Stiftungen zustehenden Vermögens rücksichtlich der Verjährung findet erst seit Justinian statt. Derselbe ist sich aber in seinen Bestimmungen nicht gleich geblieben und hat durch seine hin- und herschwankende Gesetzgebung viele Streitfragen veranlaßt. Zuerst verordnete Justinian im J. 528[308]), daß bei den Ansprüchen der Kirchen und kirchlichen Anstalten zu milden Zwecken (Manns- und Frauenklöster, Armen-, Waisen-, Findelhäuser, Spitäler, Stiftungen zum Loskauf von Gefangenen) die gewöhnlichen Verjährungsarten ausgeschlossen sein sollten („nulla temporum solita praescriptione coarctanda"); nur ein Zeitraum von 100 Jahren, welchen sich der Kaiser, wie schon früher die römischen Juristen, als das äußerste Ziel des menschlichen Lebens denkt, soll solche Ansprüche, seien es dingliche oder persönliche, beendigen können[309]). Später, im J. 535, nach der Wiedereroberung von Afrika

---

305) Vgl. den Artikel Vormundschaft.

306) Kraut, Vormundschaft nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes Bd. 2, S. 103 flg.

307) So hat auch das OAGericht zu Jena erkannt. Vgl. Vermehren, in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 1, S. 20—23.

307a) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 138—154. Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 359—368.

308) L. 23. C. I. 2.

309) Nach der Erzählung von Procop. Anecd. p. 155—157. edit. Eichel, und Suidas, Lexic. s. v. Priscus Emesenus hat die Kirche von Emesa die Begünstigung durch Bestechungen erlangt, um Ansprüche verfolgen zu können,

und nach beschlossener Wiedereroberung Italiens, wurde in einer an den Pabst Johannes II. erlassenen Verordnung[310]) diese Begünstigung auch auf alle katholischen Kirchen des westlichen Reiches ausgedehnt, so daß, mit Ausschluß der 30- und 40jährigen Verjährung, nur ein Zeitablauf von 100 Jahren den Rechten und Ansprüchen der Kirchen ein Ziel setzen soll. Die Kirchen des Occidentes sollen sich dieser Begünstigung auch für ihr in den Ländern des östlichen Reiches gelegenes Vermögen zu erfreuen haben. Am Schlusse wird diese allgemeine Bestimmung insbesondre auf die römische Kirche angewendet und den kirchlichen Besitzungen derselben, sie seien in den westlichen oder östlichen Theilen des Reiches gelegen, das Privilegium der 100jährigen Verjährung zugesichert. Schon im J. 541 hielt es jedoch der Kaiser selbst für rathsamer, die 100jährige Verjährung der Kirchen und milden Stiftungen auf eine 40jährige zu beschränken[311]), welche letztere Verjährung in einer Verordnung vom J. 545[312]) als die einzig geltende bestätigt wurde. In Beziehung auf diese Verordnungen ist nun die Frage wichtig, ob alle mögliche Verjährungsarten durch die 100jährige und später durch die an deren Stelle getretene 40jährige Verjährung ausgeschlossen sein sollen oder ob die Ausschließung blos einer oder einigen Verjährungsarten gelten soll. Die L. 23. C. I. 2. ist darüber nichts weniger als klar. Die Worte dieser Verordnung lassen sich aber allerdings dahin deuten, daß die Neuerung sich auf die 30- oder 40jährige Verjährung beschränkt, die übrigen Verjährungsarten aber dadurch unberührt bleiben[313]). Diese beschränkende Auslegung wird durch die Nov. 9 bestätigt, in welcher ziemlich deutlich ausgesprochen wird, daß die 100jährige Verjährung die Stelle der von 30 und 40 Jahren vertreten soll. Ganz entscheidend für diese beschränkende Auslegung ist aber Nov. 111. cap. 1. Dort wird nämlich Alles so dargestellt, als ob die neu eingeführte 40jährige Verjährung blos eine Verlängerung der 30jährigen durch einen Zusatz von 10 Jahren sein solle, und am Schlusse ist angedeutet, daß auch die 100jährige Verjährung in dieser beschränkten Weise angewendet worden sei. Ausdrücklich werden die übrigen Verjährungsarten für unverändert erklärt und der 30jährigen Verjährung geschieht sogar noch besonders Erwähnung. Damit stimmt endlich auch die neueste Verordnung (Nov. 131. cap. 6.) überein. Diese spricht zwar auch von der Unzulässigkeit der Verjährung von 10 und 20 Jahren. Dies erklärt sich daraus, daß Gegenstände, deren Veräußerung untersagt ist, schon nach allgemeinen

welche sich auf falsche Urkunden gründeten und jedenfalls verjährt gewesen wären. Die rückwirkende Kraft, welche am Schlusse der L. 23. C. I. 2. der neuen Anordnung beigelegt wird, macht diese Erzählung glaubwürdig.

310) Nov. 9.

311) Nov. 111.

312) Nov. 131. cap. 6.

313) Umständlicher begründet dies Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 145, N. 147.

Grundsätzen der usucapio entzogen und nach ausdrücklicher Vorschrift[314]) unbewegliche Sachen der Kirchen nicht veräußert werden sollen, daher die für die Immobilien geltende Ersitzung von 10 und 20 Jahren ebenfalls ausgeschlossen werden mußte. Die 3jährige Ersitzung für Mobilien ist demnach durch das den Kirchen ertheilte Privilegium der 100jährigen, später der 40jährigen Verjährung nicht ausgeschlossen[315]). — Eine sehr bestrittene Frage ist, ob die 100jährige Verjährung im neuesten Justinianeischen Rechte ganz aufgehoben ist oder ob sie nicht wenigstens zu Gunsten der römischen Kirche besteht[316]). Die Vertheidiger der fortdauernden Giltigkeit der 100jährigen Verjährung für die römische Kirche halten durch Nov. 111 nur die L. 23. C. I. 2., nicht aber die auf die römische Kirche insbesondre bezügliche Nov. 9 für aufgehoben, da Nov. 111 an den praefectus praetorio Orientis gerichtet sei. Dieser Grund beweist zu viel; denn da Nov. 9 zuvörderst die 100jährige Verjährung auf alle Kirchen des Occidentes ausdehnt und dann insbesondre solche auf die römische Kirche für anwendbar erklärt, so würde folgen, daß die 100jährige Verjährung trotz der Nov. 111 im ganzen Occident noch immer habe fortdauern sollen. Dieser Grund ist aber auch nicht triftig. Die Novellen sind größtentheils an den praefectus praetorio Orientis gerichtet; allerdings sind dieses zum Theil Verordnungen, welche ihn allein angehen (wie Nov. 24—31. 102. 103.), zum Theil sind es aber auch ihrem Inhalte nach für das ganze Reich bestimmte Gesetze, welche oft sogar namentlich Vorschriften für den Occident enthielten (wie Nov. 95). Die letzten, zu welchen auch Nov. 111 gehört, wurden natürlich auch den übrigen Präfecten zugefertigt, in der Regel unverändert, blos mit Beifügung kurzer Begleitschreiben, deren einige sich erhalten haben und zum Beweise dieser Ansicht dienen[317]). Daß dies hinsichtlich der Nov. 111

---

314) Nov. 9. und Nov. 46.

315) So ist die Sache auch aufgefaßt in der Auth. Quas actiones zu L. 23. C. I. 2. verb.: usucapione triennii vel quadriennii praescriptione in suo robore durantibus. Das Decretum Gratiani (Causa 16. qu. 3. can. 16. §. 4.) hat fast dieselben Worte, wie die erwähnte Authentike: usucapione et quadriennii praescriptione suum locum habentibus.

316) Vgl. darüber Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 147—152. Die Litteratur über diesen Gegenstand ist aufgeführt in Lipenius, bibl. iurid. Suppl. T. I. p. 394. (rubr. praescriptio rerum ecclesiasticarum). T. II. p. 328. (eod. rubr.). T. III. p. 1136. (rubr. praescriptio centum annorum). Die Geschichte der Streitfrage erzählt de Hertoghe, exerc. de privil. praescriptionis centum annorum ecclesiae Romanae non competente (Opusc. p. 25—55.) §. 2. 3. Die hauptsächlichsten Vertheidiger der fortdauernden Giltigkeit der 100jährigen Verjährung zu Gunsten der römischen Kirche sind Strauch, Irnerius non errans, sive diss. ad auth. Quas actiones C. de ss. ecclesiis, und Bach, diss. de praescriptione centum annorum in actionibus ecclesiae Romanae de iure civili. Lips. 1750. Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigen Cuiacius, de div. tempor. praescript. cap. 31. und obs. Lib. V. cap. 5. Giphanius, comm. in difficil. leges Cod. ad L. 23. C. de ss. ecclesiis, de Hertoghe in der angeführten Schrift und Unterholzner a. a. O.

317) Vgl. Biener, Geschichte der Novellen Justinian's S. 26.

wirklich geschehen sei, dafür haben wir den klarsten Beweis durch den Novellenepitomator Athanasius[318]. Nicht gewichtiger ist der Grund, daß Nov. 111 schon deshalb nicht auf das westliche Reich sich habe beziehen können, weil die Gothen durch Wechsel des Kriegsglückes damals in Italien wieder das Uebergewicht erhalten hätten. Denn wollte man annehmen, daß Nov. 111 im Occident nicht bekannt gemacht worden sei, was doch nach dem Zeugnisse des Athanasius gar nicht angenommen werden kann, so würde unerklärlich sein, wie man schon in sehr alter Zeit die 20jährige Verjährung der Kirchen kannte, welche doch erst durch Nov. 111 eingeführt wurde. Ebenso nimmt auch der Novellenepitomator Julian ganz unbedenklich an, daß Nov. 9 durch Nov. 111 aufgehoben sei. Auch der unbekannte Verfasser der Schrift *Αἱ ῥοπαί* (gewöhnlich dem Eustathius zugeschrieben) spricht sich allgemein dahin aus, daß die 100jährige Verjährung der venerabiles domus (*σεπτοὶ οἶκοι*) nunmehr (*σήμερον*) 40 Jahre betrage[319]. Auch der Verfasser des Brachylogus weiß nichts von einer 100jährigen Verjährung[320]. Auch die römische Kirche fand diese Ansicht anfangs so natürlich, daß Gregor der Große (590—604 nach Chr.) in einem Streite zwischen dem Kloster des heiligen Theodorus und der römischen Kirche von einem Rechte der 100jährigen Verjährung ganz schweigt und nur die 40jährige anführt[321]. Ebenfalls nur der 40jährigen Verjährung gedenken Hincmar von Rheims[322] und die fränkischen Capitularien[323]. Bald aber sah der päbstliche Stuhl die 100jährige Verjährung zu seinem Vortheil als fortdauernd an. Schon Johann VIII. (872—882 nach Chr.) schrieb in diesem Sinne an König Ludwig[324]. Diese der römischen Kirche günstige Auslegung fand Beifall. Die Päbste Innocenz III. und Bonifaz VIII. brachten diesen angeblichen Vorzug der römischen Kirche bei jeder Gelegenheit in Erinnerung und Anwendung[325]. Auch Irenerius folgte in der bekannten Auth. Quas actiones C. de SS. ecclesiis (I. 2.) derselben Ansicht, indem es am Schlusse dieser Authentike heißt: Sola romana ecclesia gaudente centum annorum spatio vel privilegio. Schon früher war diese Ansicht dem Dictatum de consiliariis

---

318) Nach Athanasius, Nov. Iustin. Tit. II. const. 5. (Heimb. Anecd. T. I. p. 38.) ist Nov. 111. an den praefectus praetorio Illyrici gerichtet. Auch hat, wie Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 368 mit Recht bemerkt, die sog. Sanctio Pragmatica vom J. 554 §. 11 den Inhalt aller bis dahin von Justinian erlassenen Novellen auch für den Occident, namentlich für Italien für verbindlich erklärt.

319) *Αἱ ῥοπαί* cap. XLII. §. 7. edit. Zachariaei.

320) Brachylog. I. 11.

321) Gregor. M. epist. I. 9. c. 2. C. 16. qu. 4.

322) Opus 44. cap. 32.

323) Capit. V. 236.

324) C. 17. C. 16. qu. 3.

325) Ersterer in cap. 13. 14. 17. X. II. 26., Letzterer in cap. 2. de praescript. in VI. (II. 13.)

einverleibt worden. Bei dem großen Ansehen der päbstlichen Rechtsbücher im Mittelalter hat das angemaßte Vorzugsrecht der römischen Kirche allenthalben Eingang gefunden und der Streit hat sich nur noch darauf beschränkt, in welchem Umfange die römische Kirche zu nehmen sei. Man hat die Fortdauer der 100jährigen Verjährung auch noch in einer anderen Beziehung behauptet. Da nämlich die Nov. 111 und 131 nicht namentlich auch verordnen, daß die 100jährige Verjährung, welche durch L. 23. C. I. 2. auch zu Gunsten der Stadtgemeinden und für das zur Loskaufung von Gefangenen bestimmte Vermögen eingeführt worden war, bei diesen ebenfalls aufgehoben sein solle, so hat man die Fortdauer dieser langen Verjährung in diesen beiden Beziehungen behauptet. Am prägnantesten und bestimmtesten findet sich diese Behauptung bei dem Novellenepitomator Athanasius, welcher geradezu sagt, daß die L. 23. C. I. 2. in dieser Hinsicht durch Nov. 111 nicht aufgehoben sei[326]). Dieselbe Behauptung findet sich hinsichtlich des letztgedachten Vermögens bei dem Novellenepitomator Theodorus[327]). Ebenso stellt der Verfasser der Schrift *Αἱ ῥοπαί* den Satz auf, daß das zur Loskaufung von Gefangenen bestimmte Vermögen der 100jährigen Verjährung unterliege[328]). Die byzantinischen Juristen haben sich lediglich daran gehalten, daß die Nov. 111 weder der Stadtgemeinden, noch der Stiftungen zum Loskauf von Gefangenen Erwähnung thut, die Aufhebung der 100jährigen und Substitution der 40jährigen Verjährung also darauf nicht bezogen. Ob dies richtig sei, kann dahin gestellt bleiben[329]). Eine praktische Bedeutung hat die Sache nicht, da die 100jährige Verjährung in dieser Beziehung nicht, sondern nur als Vorrecht der römischen Kirche im Occident behauptet worden ist. — Sowie die Wiederbelebung der 100jährigen Verjährung zu Gunsten der römischen Kirche dem kanonischen Rechte zuzuschreiben ist, so sind auch noch einige andere Begünstigungen der Kirche hinsichtlich der Verjährung aus derselben Quelle abzuleiten. Hierher gehören folgende: aa) Kirchengüter, welche von denjenigen, welchen die Verwaltung derselben obliegt, widerrechtlich veräußert worden sind, sollen der Verjährung erst von der Zeit des Ablebens derjenigen, von welchen die Veräußerung ausgegangen ist, unterliegen[330]); bb) zum Nachtheile der bischöflichen Rechte soll keine Ver-

---

326) Athanasius, Nov. Iustin. Tit. II. const. 5.: *σημείωσαι, ὅτι ἐπὶ τοῖς κεχρεωστημένοις ταῖς πόλεσιν καὶ τοῖς εἰς ἀνάῤῥυσιν αἰχμαλώτων καταλειφθεῖσιν, ἐφ' οἷς δέδωκεν ὁμοίως τὸ προνόμιον τῆς παραγραφῆς τῆς ἑκατονταετίας διάταξις ἀνηνεγμένη ἐν τῷ α'. βιβλίῳ τοῦ κωδ. ὑπὸ τὸν β'. τιτ. οὖσαν τὸν ἀριθμὸν κγ'. οὐκ ἀνεῖλεν παντελῶς ἡ παροῦσα διάταξις.*

327) Theodor. Brev. Nov. 111.

328) *Αἱ ῥοπαί* cap. XLVI. §. 2. edit. Zachariaei. Eine spätere Textesrecension dieser Schrift beruft sich dafür auf das Zeugniß des Theodorus. Vgl. S. 240, N. 81 der gedachten Ausgabe.

329) Vgl. das von Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 152 flg. dagegen Bemerkte.

330) Can. 3. C. 16. qu. 3. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 153

jährung wirksam sein, so lange der Bischofssitz unbesetzt ist[331]). Hiernach ist auch angenommen, daß die römische Kirche zur Zeit der Kirchenspaltungen durch Verjährung nicht habe leiden können[332]). Nach den Ansichten des kanonischen Rechtes kommt die den Kirchen zustehende 40jährige Verjährung auch dann zur Anwendung, wenn Kirchen unter einander sich auf Verjährung berufen[333]). Letzteres ist noch praktisch, auch unter den Protestanten, während die praktische Bedeutung der unter aa. und bb. aufgeführten Bestimmungen unter den Protestanten wegfällt, unter den Katholiken aber von der Anerkennung durch die Landesgesetzgebung abhängt. Noch wird von Manchen behauptet[334]), daß das kanonische Recht auch für bewegliche Sachen der Kirchen die 40jährige Verjährung eingeführt habe; allein die betreffende Stelle[335]) handelt nicht von der Ersitzung beweglicher Sachen, sondern von dem Rechte einer Kirche auf die quarta decimae und der oblatio defunctorum, also von einem Rechte einer Kirche gegen die andere auf einen Theil der kirchlichen Abgaben, wo nur die 40jährige Verjährung stattfindet. e) Begünstigung der Stadtgemeinden[336]). Gegen Stadtgemeinden (civitates, res publicae) war eine Berufung auf usucapio unzulässig, weil das städtische Besitzthum, gleich den zum Staatsgute gehörigen Besitzthümern, der usucapio entzogen ist[337]). Die longi temporis praescriptio war gegen Stadtgemeinden vor Justinian zulässig[338]). Nachdem Theodosius II. die 30jährige Klagenverjährung eingeführt hatte, sind derselben ohne Zweifel auch Ansprüche der Städte unterworfen gewesen. Justinian führte durch dieselbe Verordnung, wodurch er den Kirchen das Vorrecht der 100jährigen Verjährung ertheilte (L. 23. C. I. 2.), diese Verjährung auch zu Gunsten der Städte ein. In der Nov. 9, welche diese Begünstigung der Kirchen auf den Occident

---

behauptet dasselbe, wenn die Verwalter des Kirchengutes bei ihren Lebzeiten die Verwaltung verloren haben.

331) Cap. 15. X. II. 26.

332) Cap. 14. X. II. 26.

333) Cap. 15. X. II. 26.

334) J. B. von Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 317, Anm. A. Nr. 3.

335) Cap. 4. X. II. 26. Am Schlusse der Stelle heißt es: Nam Romana ecclesia tricennalem praescriptionem contra ecclesiam non agnovit. Für tricennalem lesen manche Handschriften triennalem; die erste Lesart ist aber die allein richtige, welche auch in der Ausgabe des Corp. iur. canon. von Richter aufgenommen ist.

336) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 154—156. Pfeiffer, sind die Sachen und Rechte der Städte einer Verjährung von 30 oder 40 Jahren unterworfen? im Archiv f. civil. Praxis Bd. XXVIII, S. 139—158. Letzterer führt die verschiedenen Meinungen auf.

337) L. 9. D. 41. 3.

338) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 2. §. 4. Ohne Grund will Unterholzner a. a. O. S. 154 flg. die longi temporis praescriptio bei städtischem Besitzthum nicht zulassen, sondern nur gegen Pfandansprüche, welche eine Stadtgemeinde an einer Sache geltend machen will; eine Distinction, wozu die Stelle des Paulus gar keine Veranlassung giebt.

ausdehnte, werden die Städte nicht mehr genannt. In Nov. 111 wird die den Kirchen und kirchlichen wohlthätigen Anstalten zugestandene 100jährige Verjährung auf 40 Jahre herabgesetzt, wobei ebenfalls der Städte wieder ausdrücklich keine Erwähnung geschieht. Im Oriente machte sich nun die Ansicht geltend, daß die 100jährige Verjährung zu Gunsten der Städte noch fortdauernd giltig und durch Nov. 111 nicht aufgehoben sei, wie das Zeugniß des Novellenepitomator Athanasius ergiebt[339]). Es kann also nicht mit Unterholzner behauptet werden, daß bei den Städten dieses Privilegium entweder niemals zur Anwendung gekommen oder schon früher wieder aufgehoben worden sei. Dennoch gelangt man, wenn auch nicht auf dem Wege der grammatischen, doch der logischen Interpretation bei einer Vergleichung der L. 23. C. I. 2. mit der Nov. 111 in ihrem ganzen Zusammenhange zu dem Resultate, daß durch Nov. 111 die 100jährige Verjährung für Städte aufgehoben sei[340]). Justinian wollte bei Erlassung der L. 23. C. I. 2. die dadurch begünstigten Rechtssubjecte keineswegs von der Einwirkung aller und jeder Verjährung gänzlich befreien, sondern ihnen nur eine paene perpetua vindicatio anstatt der solita temporum praescriptio einräumen. Dieser ganz bestimmt ausgedrückte Zweck umfaßte nach dem wörtlichen Inhalte jener Verordnung ebensowohl die Verjährung der Städte als die der Kirchen und milden Stiftungen; und wenn später der Gesetzgeber sich durch die Erfahrung in dem beabsichtigten Erfolge getäuscht sah, indem die Versagung des Gebrauches der Verjährung innerhalb 100 Jahren einer völligen Entziehung derselben wegen der Unmöglichkeit des Beweises gleichkam (Nov. 111. pr.), so galt diese Erfahrung und die daraus erkannte Unzweckmäßigkeit der früheren Verordnung ebensowohl jener übermäßigen Ausdehnung der Verjährungsfrist für die Städte wie für die Kirchen; der wider Erwarten eingetretene Nachtheil, dessen im Gesetze selbst gedacht wird, verlangte eine Abhilfe durch die Gesetzgebung bei den Städten ebenso dringend wie bei den Kirchen, und es konnte sich nur fragen, worin diese Abhilfe bestehen, ob sie insbesondre bei den Städten in derselben Weise wie bei den Kirchen stattfinden solle; hierbei trennte sich jedoch die Fürsorge des Gesetzgebers für die kirchlichen Anstalten von der für alle anderen Rechtssubjecte. Zuvörderst nahm der Gesetzgeber darauf Bedacht, jene übermäßige und dadurch völlig unpraktisch gewordene Verjährungsfrist auf die Grenzen der Ausführbarkeit (ad possibilem modum) zurückzuführen; statt aber das hierzu wirksamste Mittel der Wiederherstellung der sonst allgemein giltig gewesenen 30jährigen Verjährung zu ergreifen, ließ sich der Gesetzgeber in Bezug auf die Kirchen und milden Stiftungen auf eine Transaction zwischen den Forderungen der Vernunft und der religiösen Interessen ein (Nov. 111. cap. 1. verb.:

339) Vgl. die in Note 326 angeführte Stelle.
340) Vgl. Pfeiffer, im Archiv Bd. XXVIII, S. 149 flg.

cum ratione simul ac religione tractantes) und verstattete ihnen eine Verlängerung der 30jährigen Frist auf 40 Jahre, jedoch mit dem ausdrücklichen Vorbehalte, daß für andere Personen und Sachen die 30jährige Präscription ihre Wirksamkeit behalten sollte, indem der Zusatz von 10 Jahren solis religiosis locis eorumque iuri vel contractibus vergönnt sei. Hiernach ergiebt sich auf dem Wege der logischen Auslegung ganz folgerichtig: 1) die Ausschließung der Verjährung von 100 Jahren auch für die Städte, indem diese Ausschließung, wenngleich mit ausdrücklichen Worten nur für die kirchlichen Anstalten verordnet, auf einen Grund gestützt worden ist, welcher, als aus der objectiven Beschaffenheit und Wirkung jener langen Zeitfrist selbst entlehnt, mit gleicher Erheblichkeit auf jede Gattung von Rechtsverhältnissen und Rechtssubjecten, wobei und von welchen von der 100jährigen Verjährung Gebrauch gemacht werden möchte, anwendbar ist, nämlich auf den Grund der praktischen Unbrauchbarkeit einer solchen, fast endlosen Verjährungsfrist; 2) die Ausschließung der Verjährung von 40 Jahren auch für die Städte, indem diese von selbst, nachdem ihnen der fernere Gebrauch der als besonderes Vorrecht ihnen vorhin verstatteten 100jährigen Verjährung folgerungsweise entzogen worden, der allgemeinen Regel der Verjährung von 30 Jahren anheim fielen und umsomehr für begriffen unter den lediglich auf diese angewiesenen aliis personis et causis, gegenüber den solis religiosis locis zu achten sind. Wenn man hingegen annähme, daß, wie Unterholzner und Schweppe sagen[341]), die Städte bei Ertheilung des neuen Privilegiums an die Kirchen gar nicht erwähnt seien, dann müßte man vielmehr die Folgerung Roßhirt's[342]), daß, wenn die Städte stillschweigend unter der Aufhebung der 100jährigen Verjährung begriffen sein sollten, sie ebensowohl für stillschweigend begriffen unter dem neu ertheilten Vorrechte der 40jährigen Verjährung zu halten sein würden, als richtig anerkennen. Wenn man sich nun aber aus theoretischen Gründen zu der durch entschiedene Stimmenmehrheit von den neueren Schriftstellern gebilligten Meinung bekennt, daß heutzutage die Städte in den nicht besonders ausgenommenen Fällen der Verjährung von 30 Jahren als Regel unterworfen seien, so darf man sich auch darin nicht bei der Anwendung durch die Berufung auf einen für die gegentheilige Meinung, insbesondre für die Zulassung einer 40jährigen Verjährung, bestehenden Gerichtsbrauch irre machen lassen. Ein solcher besteht in der That nicht[343]). f) Begünstigung des Staates und der Inhaber der höchsten Staatsgewalt. Der römische Staat (res publica populi Romani) und insbesondre der Staatsschatz ist gegen usucapio dadurch gesichert, daß alles, was zum

---

341) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 376. Schweppe, römisches Privatrecht 4. Ausg. §. 256, Bd. 2. S. 107.

342) Roßhirt, gem. teutsches Civilr. Th. 1, §. 48. Th. 2, §. 263, 267.

343) Dies hat Pfeiffer a. a. O. S. 152 flg. nachgewiesen.

öffentlichen Besitzthum gehört, als ein der usucapio entzogener Gegenstand betrachtet wird [344]). Dasselbe galt auch von der longi temporis praescriptio. Eigenthümliche Verjährungsarten gegen Ansprüche des Fiscus finden sich vor, und zwar außer einer 20jährigen, welche als Regel anzusehen ist, auch noch für einzelne Fälle eine 5jährige und 4jährige Verjährung (vgl. oben Abth. 1. I. A. unter FF. HH.). Es ist auch kein Grund vorhanden, die Anwendbarkeit der eigenthümlichen kurzen Fristen, welche für einzelne Arten von Ansprüchen, z. B. für die redhibitorische Klage bestimmt sind, bei Ansprüchen, welche dem Fiscus zustehen, zu bezweifeln. Daß die 30jährige Verjährung gegen Ansprüche des Staates ausgeschlossen sein solle und folglich mindestens eine 40jährige Verjährung erforderlich sei, ist nirgends deutlich ausgesprochen. In der Theodosischen Verordnung, welche die 30jährige Klagenverjährung einführte, sind die Ansprüche des Fiscus nicht ausgenommen. Jedenfalls mußten seit der Anastasianischen Verordnung Ansprüche des Fiscus der 40jährigen Verjährung unterliegen. Es ist dies auch die herrschende und in der Praxis befolgte Meinung. Die Behauptung Einiger, daß bei Ansprüchen des Fiscus eine 100jährige Verjährung zur Anwendung komme, ist unbegründet. Wollte man auch zugeben, daß Justinian, indem er den Kirchen und Städten den Vorzug der 100jährigen Verjährung verlieh, dem Fiscus stillschweigend gleiches Recht eingeräumt habe, weil der Fiscus nicht füglich geringere Rechte haben könne als jede Stadt (was aber in der That gar nicht zugegeben werden kann, da es sich um ein Privilegium handelt, welches ausdrücklich ertheilt sein muß) [345]), so müßte doch aus denselben Gründen, aus welchen die Behauptung einer fortdauernden Giltigkeit dieser Verjährung zu Gunsten der Städte nicht angenommen werden kann, auch in Bezug auf den Fiscus die Fortdauer eines solchen Vorrechtes geleugnet werden. Der einheimischen Verjährung von Jahr und Tag war nach dem früher Bemerkten das Reich ausdrücklich entzogen. — Was von der Verjährung gegen den römischen Staat gilt, ist auch rücksichtlich der Verjährung gegen das Staatsoberhaupt giltig. Denn der Kaiser und seine Gemahlin (Caesar et Augusta) haben alle dieselben Vorrechte, welche dem Fiscus zustehen [346]). Auch wurden, wovon später noch die Rede sein wird, die zum Vermögen des Kaisers gehörigen Sachen ganz wie Sachen des Staates rücksichtlich der Verjährung behandelt. Diese römischen Grundsätze sind in Teutschland nicht blos zu Gunsten des Kaisers als Reichsoberhaupt, sondern auch zu Gunsten der Landesfürsten angewendet worden. Ob die Landesfürsten, jetzt die einzelnen teutschen Souveräne, auf die ihnen als solchen zustehenden Begünstigungen An-

---

344) L. 9. D. 41. 3.

345) A. M. ist Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 158, welcher zugesteht, dies einräumen zu müssen.

346) L. 6. §. 1. D. 49. 14. Vgl. L. 3. C. VII. 37.

spruch machen können oder ob sie bei der Gleichheit ihres Verhältnisses dem gewöhnlichen Verjährungsrechte unterliegen, kann zweifelhaft sein. g) Bestrittene Fälle von Begünstigungen. Auch rücksichtlich der Wahnsinnigen wird von Manchen behauptet, daß deren Sachen, abgesehen von dem Veräußerungsverbote, der Verjährung entzogen seien. Rücksichtlich der einheimischen Verjährung von Jahr und Tag ist dies auch, wie früher bemerkt wurde, richtig. Anders nach römischem Rechte. Unzweifelhaft konnte infolge der sog. clausula generalis ein Wahnsinniger nach Befinden der Umstände auf Restitution gegen den Ablauf der Verjährung Anspruch machen; allein zur Ausschließung der Verjährung fehlt es an hinreichenden Gründen, indem nicht zu billigen ist, daß man den allgemein lautenden Rechtfertigungsgründen, welche der Gesetzgeber seinen Entscheidungen anhängt, sofort allgemeine Gesetze unterlege. So beruft man sich z. B. auf L. 1. §. 2. C. VII. 40., wo nichts weniger als ein allgemeines Gesetz für alle in der Rechtsausübung behinderte Personen gegeben, sondern lediglich zu Gunsten der Kinder unter väterlicher Gewalt eine Bestimmung getroffen wird, blos weil sich am Schlusse eine Redensart findet, welche sich freilich ebensowohl einem allgemeinen Gesetze anhängen ließe. Die L. 5. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est, auf welche man sich weiter beruft, enthält blos eine Bestimmung zu Gunsten der Minderjährigen und man muß sich wieder an eine allgemeine Redensart halten, welche Justinian zur Rechtfertigung seiner Bestimmung anführt, um daraus etwas zu Gunsten der Wahnsinnigen abzuleiten. Auf den Satz: agere non valenti non currit praescriptio, kann man sich noch weniger berufen. Denn in solchen Fällen, wo die Rechte in der That rechtlich begründet sind und nur die Ausübung Hindernisse findet, kann von der Anwendung dieses Satzes, wie später zu zeigen ist, gar nicht die Rede sein; ein solcher Fall tritt aber gerade bei Wahnsinnigen ein. Eine Einschränkung der Verjährung läßt sich nur in Ansehung derjenigen Sachen der Wahnsinnigen, welche dem Veräußerungsverbote der Oratio D. Severi und der Verordnung Constantin's (L. 22. C. V. 37.) unterliegen, annehmen und rechtfertigen. Denn da diese Verordnungen auch auf Wahnsinnige sich beziehen, welche unter Curatel stehen [346a]) und Justinian ganz ausdrücklich bestimmt, daß der curator furiosi ganz wie der Tutor und Curator eines minor verwalten solle [347]), so muß dieselbe Einschränkung der Verjährung, wie bei Minderjährigen, auch bei Wahnsinnigen angenommen werden. Es lief also die usucapio sowie die longi temporis praescriptio seit der Oratio D. Severi, in Bezug auf unbewegliche, seit der Verordnung Constantin's in Bezug auf bewegliche Sachen erst von der Zeit, wo ihr wahnsinniger Eigenthümer vollkommen wieder genesen war, vorausgesetzt, daß er bevormundet war,

---

346a) L. 8. §. 1. D. 27. 9.
347) L. 7. §. 5. fin. C. V. 70.

und deren Ersitzung nicht begonnen hatte, ehe sie in das Vermögen des Wahnsinnigen kam. Dasselbe ist nun mit der neuen Justinianeischen Ersitzung der Fall. In Betreff der Sachen der Abwesenden wird namentlich noch von Hameaux[348]) der Grundsatz aufgestellt, daß zwar die Usucapion statthaft sei, nicht aber die longi temporis praescriptio, indem es in einem Rescripte Diocletian's und Maximian's[349]) heißt: — — praescriptio, quam contra absentes vel reipublicae causa, vel maxime fortuito casu, nequaquam valere decernimus. Dies soll nach seiner Theorie im Justinianeischem Rechte so viel heißen, daß nur bewegliche, nicht auch unbewegliche Sachen derjenigen, welche ex iusta causa abwesend sind, der ordentlichen Verjährung unterliegen. Es ist aber überhaupt in Abrede zu stellen, daß in Ansehung der Sachen Abwesender jemals ein solcher Unterschied, wie er hier angenommen wird, zwischen usucapio und l. t. praescriptio bestanden habe. Wenn sich auch diese und andere Stellen so unbestimmt ausdrücken, daß man geneigt sein könnte, dabei gar nicht an eine in integrum restitutio zu denken, sondern die l. t. praescriptio geradezu für unzulässig zu erklären, so würde sich doch eine solche Abweichung von der Regel nicht hinreichend erklären lassen, indem das longum tempus ohne Zweifel continuum ist. Ueberdies giebt es Stellen, welche unzweideutig auf die Nothwendigkeit einer in integrum restitutio hinweisen[350]).

CC. Gegenstände der Verjährung. 1) Im allgemeinen. Insofern die Verjährung im Vermögensrechte und namentlich insofern sie als Ersitzung wirksam ist, muß die Frage beantwortet werden, bei welchen Arten von Sachen die Verjährung zulässig, bei welchen hingegen sie ausgeschlossen sei. Nach römischem Rechte ist die älteste Art der Verjährung die usucapio, zwar in der Regel bei allen Sachen, ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen und zwischen mancipi und nec mancipi res[351]) wirksam; es kommen aber doch manche Einschränkungen vor, welche theils auf der Natur der Sache, theils auf besonderen Gründen beruhen. Schon die Natur der Sache schließt bei allen, dem Verkehr und daher auch dem Uebergange in das Privateigenthum entzogenen Gegenständen die usucapio aus, ebenso bei den Sachen, welche aus natürlichen Gründen nicht als im Besitze befindlich betrachtet werden können. Besondere Gründe der Ausschließung beruhen zuweilen auf ausdrücklichen, gesetzlich ausgesprochenen Usucapionsverboten; bisweilen ist die Ausschließung die bloße Folge eines Veräußerungsverbotes, indem nach dem früher Bemerkten ein solches Verbot zugleich ein stillschweigendes Verjährungsverbot enthält. Nach dem letzteren Grundsatze ist, wenigstens im Justinianeischen Rechte, die

348) Hameaux, die usucapio und longi temporis praescriptio S. 204 flg.
349) L. 4. C. VII. 35.
350) L. 6. 7. C. VII. 35. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 1. S. 492, N. 493. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 317, Anm. A. Nr. 6.
351) Gai. Inst. Comm. II. §. 43. Ulpian. Fragm. Tit. XIX. §. 8.

Usucapion der im Rechtsstreite begriffenen Sachen (res litigiosae) als ausgeschlossen zu betrachten, weil Justinian deren Veräußerung verboten hat[352]); im älteren Rechte waren sie dagegen der longi temporis praescriptio unterworfen[353]). Einem blos vom Richter ausgegangenen Veräußerungsverbote können nicht dieselben Wirkungen hinsichtlich der Ausschließung der Ersitzung beigelegt werden. Denn die betreffende Stelle[354]) setzt bei einer Sache, deren Veräußerung der Prätor dem Veräußernden untersagt hat, den Grund des Hindernisses der Usucapion nicht in das Veräußerungsverbot, sondern in die Bekanntschaft des sich auf die Usucapion Berufenden mit dem Verbote, mithin in die Unredlichkeit des Besitzes. Ein letztwilliges Veräußerungsverbot, wenn es vom Testator, namentlich im Interesse minderjähriger oder sonst unter Curatel zu stellender Erben ausgegangen ist, hat dieselbe Wirkung wie das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Sachen derjenigen, welche unter Vormundschaft stehen (vgl. oben BB. 2. unter c.), indem das gesetzliche Veräußerungsverbot nur dasjenige ergänzen soll, was etwa die Testatoren im Interesse ihrer schutzbedürftigen Erben letztwillig zu verordnen verabsäumt haben, und nicht stattfindet, wo eine solche letztwillige Verfügung über Veräußerung oder Nichtveräußerung einer Sache vorhanden ist[355]). Ueberhaupt hat ein letztwilliges Veräußerungsverbot nur dann die Nichtigkeit der Veräußerung zur Folge, wenn es zum Vortheil einer bestimmten Person erlassen ist, indem in diesem Falle das Verbot zugleich die Anordnung eines Vermächtnisses enthält, also mit dem letztwilligen zugleich ein gesetzliches Verbot zusammentrifft[356]), und es ist dann auch die Ersitzung ausgeschlossen[357]). Ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot hindert die Ersitzung nicht, weil es regelmäßig nicht die Nichtigkeit der gegen das pactum de non alienando vorgenommenen Veräußerung bewirkt, sondern nur einen Entschädigungsanspruch zur Folge hat[358]). Was den Sprachgebrauch anlangt, so wird diejenige Beschaffenheit der Sache, in deren Folge die usucapio ausgeschlossen ist, in den Quellen selbst als eine Mangelhaftigkeit derselben (vitium) bezeichnet[359]), und von den Neueren vitium reale genannt, im Gegensatz des vitium personale, d. h. eines solchen Hindernisses der Usucapion, welches in der Person des Berechtigten seinen Grund hat, z. B. in der

352) L. 4. C. de litigiosis (VIII. 36. (37.)).

353) L. 1. C. VII. 33. Vangerow a. a. O. Bd. 1, S. 520 hält dies noch im neuesten Rechte für geltend.

354) L. 12. D. 41. 3.: Si ab eo emas, quem Praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes.

355) Von diesem Falle ist bereits oben L. 2. C. VII. 26. verstanden worden.

356) L. 3. §. 2. C. VI. 43. Vgl. L. 114. §. 14. D. 30. S. den Artikel Veräußerung.

357) L. 3. §. 2. C. VI. 43. verb.: Sin autem avaritiae cupidine — nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.

358) Vgl. den Art. Veräußerung.

359) §. 10. Inst. II. 6.

Unredlichkeit desselben. Jene Mangelhaftigkeit dauert so lange, bis eine Veränderung in der Sache eintritt, wodurch der Mangel beseitigt wird. In den Quellen heißt es dann: vitium purgatum est [360]). Natürlich ist ein für den Grund und Boden geltendes Hinderniß ein solches auch für die usucapio des darauf errichteten Gebäudes [361]). Ebenso natürlich ist es, daß, wo ein solches Hinderniß vorhanden ist, auf die Kenntniß oder Unkenntniß des Besitzers davon nichts ankommt [362]). — Daß die longi temporis praescriptio auch in dieser Hinsicht dem Rechte der usucapio folgte, ist unzweifelhaft, nicht nur bei den Sachen, welche schon ihrer Natur nach keine usucapio zuließen, sondern auch bei den durch gesetzliche Bestimmung der usucapio entzogenen Sachen, indem es den Grundsätzen des prätorischen Rechtes ganz entsprach, daß nicht auf eine den gesetzlichen Verboten zuwiderlaufende Weise Schutz ertheilt werde [363]). — Die praescriptio XXX vel XL annorum als ersitzende Verjährung ist nicht an die bei der usucapio und longi temporis praescriptio eintretenden Beschränkungen gebunden; bei einigen der usucapio entzogenen Sachen ist sogar bestimmt erweislich, daß die praescriptio XXX annorum nicht ausgeschlossen, oder doch wenigstens eine praescriptio XL annorum statthaft ist. Demnach ist diese lange Ersitzung nur dann als ausgeschlossen zu betrachten, wenn entweder bestimmte Vorschriften für die Ausschließung erweislich sind oder in der Natur der Sache besondere Gründe liegen, welche eine Ausdehnung des bei der usucapio geltenden Rechtes auf diese lange Ersitzung nöthig machen. — Das kanonische Recht hat die Grundsätze des römischen Rechtes hier nicht geändert, mit Ausnahme der von Justinian eingeführten, aber wieder abgeschafften 100jährigen Verjährung zu Gunsten der Kirche von Rom. — Das teutsche Recht endlich hat bei der ihm eigenthümlichen Verjährung von Jahr und Tag nicht die im römischen Rechte für die usucapio eingeführten Beschränkungen.

2) Ausschließung der Verjährung aus natürlichen Gründen. Eine solche findet bei den Verjährungsarten statt, welche eine Ersitzung enthalten. Wo aus natürlichen Gründen kein Besitz angenommen werden kann, fällt aus gleichen Gründen auch die Ersitzung weg. Dies tritt ein: a) bei einem Begriffsganzen. Z. B. eine Heerde ist niemals Gegenstand des Besitzes oder der Ersitzung; nur an den einzelnen Stücken ist Besitz und Erwerb durch Ersitzung zulässig [364]). b) Inwiefern bei den einzelnen Theilen, aus welchen ein

360) L. 24. §. 1. D. 41. 3. Diese Stelle ist auch die Quelle jener Terminologie der Neueren, indem das vitium, quod obstat usucapioni ex re und ex persona, unterschieden wird.

361) L. 39. D. 41. 3. Vgl. L. 26. D. eod.

362) L. 24. pr. D. 41. 3.

363) L. 12. §. 4. D. 6. 2.

364) L. 30. §. 2. D. 41. 3. Vergl. besonders Wächter, Erörterungen H. 1, S. 18. Siehe auch den Art. Sache Bd. IX, S. 491—493.

Ganzes, z. B. ein Gebäude, Schiff, Schrank, zusammengesetzt ist, Usucapion stattfinde, ist eine der bestrittensten Fragen[365]). Es kommt hier wesentlich auf die Auslegung einer Stelle von Pomponius[366]) an. Der §. 1 dieser Stelle bildet nur einen Theil einer längeren Erörterung von Pomponius, zu welcher noch das pr. und §. 2 gehören, welche daher als Hilfsmittel zur Erklärung des §. 1 zu betrachten sind. Das pr. bietet den Schlüssel des Ganzen. Der Jurist wirft hier nämlich die Frage auf: Rerum mixtura facta an usucapionem cuiuscunque praecedentem interrumpit? Alles Folgende dient lediglich zur Beantwortung dieser Frage. Zuvörderst werden zu diesem Behufe drei Gattungen von Sachen unterschieden, nämlich 1) einfache, wie Sclaven, Balken, Steine; 2) zusammengesetzte, und zwar aus unter sich zusammenhängenden einzelnen Stücken zusammengesetzte, z. B. ein Gebäude, ein Schiff, ein Schrank; 3) solche zusammengesetzte, welche, wie Volk, Legion, Heerde, aus mehreren, für sie jedoch ganz freien und keineswegs aneinander hängenden Theilen bestehen. Bei der ersten Gattung kann nach Pomponius wegen der Usucapion gar keine Frage entstehen, wohl aber bei der zweiten und dritten. Nun kommt die zweite Gattung an die Reihe, also alle diejenigen zusammengesetzten Sachen, welche aus einzelnen, unter sich jedoch zusammenhängenden Theilen bestehen, wie Gebäude, Schiff, Schrank. Geschieht von Sachen dieser Art, an welchen also stets bereits begonnene usucapio jeder einzelnen vorausgesetzt bleibt, eine Vereinigung (mixtura), so soll dadurch keine interruptio bewirkt werden; vielmehr läuft die frühere selbstständige usucapio eines jeden Stückes der vereinigten Sache ungestört fort. Gleichwohl war aber auch hier Zweifel und Streit möglich. Es konnte aber bei Gelegenheit der Vereinigung von zwei besonderen Sachen, an deren jeder bereits eine laufende Ersitzung stattfand, für diese nichts anderes eine Unterbrechung bewirken, als eine wirkliche Veränderung in dem Besitze. Nur wo die Annahme einer solchen Veränderung nicht unmöglich war, konnte überhaupt Zweifel entstehen. Diese Annahme zeigte sich aber allerdings da möglich, wo fortan nur noch eine einzige Sache vorzuliegen schien; denn hier konnte immerhin nach der Vereinigung ein selbstständiger Besitz an der nunmehr verbundenen Sache als einzelner nicht mehr möglich zu sein, folglich nur noch ein einziger

365) Ueber den Besitz und die Ersitzung verbundener Sachen vergl. Sintenis, im Archiv f. civil. Praxis Bd. XX, S. 75 flg. Madai, Beitrag zur Erklärung der L. 30. §. 1. D. de usurpat. ebd. Bd. XXV, S. 313 flg. Binding ebd. Bd. XXVII, S. 216 flg., 369 flg. Windscheid in Sell's Jahrb. f. hist. u. dogm. Bearb. d. röm. Rechtes Bd. I, S. 469 flg. Pape, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. IV, S. 211 flg. Stephan, im Archiv f. civil. Praxis Bd. XXXI, S. 373 flg. Vgl. auch den Artikel Besitz Bd. I. S. 51 flg. Wir folgen hauptsächlich dem Aufsatze von Binding, der die Sache am besten unseres Erachtens behandelt hat. Er hat auch den Aufsatz von Windscheid, der im wesentlichen zu denselben Resultaten gelangt, berücksichtigt.

366) L. 30. §. 1. D. 41. 3.

Besitz beider Sachen zugleich stattzufinden scheinen. Dies war offenbar sowohl bei beweglichen, als bei unbeweglichen Sachen der Fall, indem es stets scheinen konnte, als sei die zusammengesetzte Sache eine ganz neue und bedürfe demnach einer ganz neuen Usucapion, umsomehr, als ja schon die Regel galt, daß mit dem Ganzen nicht auch der Theil usucapirt werde, dieser vielmehr nach der Trennung noch besonders usucapirt werden müsse. Wenn man nämlich die verbundene Sache nun als Theil des Ganzen betrachtete, so schien jene Regel zu verlangen, daß neben der Usucapion dieses Ganzen keineswegs auch noch abgesondert die des Theiles fortlaufen dürfte. Für unbewegliche Sachen kam noch hinzu, daß manche mit ihnen verbundene Sachen bloße Pertinenz wurden und dadurch bewegliche zu sein aufhörten; bei Gebäuden insbesondre noch ein ausdrückliches die Unzertrennlichkeit sanctionirendes Gesetz, nämlich die Vorschrift der 12 Tafeln über das tignum iunctum. In allen diesen Fällen konnte anscheinend mit Recht gefolgert werden, eine und dieselbe Sache könne nicht nach zwei Arten usucapirt werden; durch die Vereinigung der zwei Sachen sei jetzt nur eine anzunehmen; daher werde die früher laufende Usucapion unterbrochen. Dieser Beweisführung tritt nun Pomponius, indem er die von ihm gebilligte Ansicht des Labeo vorträgt, mit der Bemerkung entgegen, warum aber hier überhaupt eine Unterbrechung angenommen werden solle, sofern nur diejenige unbewegliche Sache, mit welcher die Vereinigung geschehen ist, gleichfalls als usucapionsfähig besessen wird? Diese Bemerkung des Pomponius hat offenbar den Sinn: es ist ja nicht nöthig, hier den Besitz der beweglichen Sache wirklich aufhören zu lassen; denn der zur Erhaltung ihres Besitzes nöthige animus ergiebt sich klar aus der Vereinigung der beweglichen Sache mit der unbeweglichen, welche ja nur animo sibi habendi geschieht; die wirkliche Detention aber wird durch den Besitz des Gebäudes erhalten und fortgesetzt. Es sind also beide Erfordernisse des Besitzes fortwährend auch noch für die bewegliche Sache vorhanden; mithin läuft auch nach wie vor die selbstständige Usucapion beider Sachen fort. Diese Deduction beruht auf dem bekannten Satze, daß der Besitz einer Sache so lange fortbesteht, als weder die factische Detention derselben, noch die Absicht, sie zu besitzen, aufgehört hat. Die Nothwendigkeit der Annahme dieser Fortdauer selbstständigen Besitzes an beiden Sachen zeigt sich aus Folgendem. Wenn noch vor Vollendung der Ersitzung der vereinigten beweglichen Sache deren Eigenthümer dieselbe reclamirte, so mußte dies nothwendig die Ersitzung unterbrechen. Wenn umgekehrt innerhalb der Ersitzungsfrist der beweglichen Sache nicht sie selbst, sondern die unbewegliche Sache reclamirt worden wäre, so würde es unpraktisch und absurd sein, deshalb die Ersitzung auch der beweglichen Sache zu unterbrechen. Hinderte hiernach selbst die Verbindung mit einer unbeweglichen Sache die Fortdauer abgesonderten Besitzes der beweglichen Sache nicht, wo doch die letztere nicht integra zu bleiben, vielmehr von der unbeweglichen fortan ver-

schlungen zu sein und jede Selbstständigkeit verloren zu haben schien, so that dies noch viel weniger die Vereinigung blos beweglicher Sachen. Hier blieb jede, was sie vorher war (mobilia permanent — integrum); der Trennung stand zu keiner Zeit ein Hinderniß entgegen; sogar der animus behielt oft beide Sachen entschieden abgesondert im Auge (et aurum et gemmam possideri); die bloße Gleichzeitigkeit des Besitzes hob demnach nicht die Existenz des doppelten Besitzes auf. Die Regel von der Nichtersitzung der Theile durch das Ganze paßt nicht hierher; denn sie kommt jedenfalls überall nur da zur Anwendung, wo nicht, wie doch hier, an dem Theile schon eine selbstständige vorhergehende Ersitzung lief, sondern der Usucapionsbesitz überhaupt erst mit dem Erwerbe des Ganzen selbst beginnt. Nur in dem letzteren Falle soll die Ersitzung des Ganzen nicht auch den einzelnen Theil als solchen eo ipso schon mitumfassen; denn nur an ihm geschieht ja keine wirkliche Besitzergreifung des Theiles als solchen, ohne welche doch auch die Ersitzung unmöglich ist. Savigny[367]) stellt jene Regel überhaupt in Abrede; er läßt vielmehr die vollendete Ersitzung des Ganzen ohne weiteres auch die der Theile zur Folge haben und macht davon nur für die Baumaterialien eine Ausnahme. Allein derselbe Grund, welcher für den Fall der Vereinigung zweier Sachen, für welche schon eine besondere Ersitzung lief, für die Annahme der Fortdauer der Ersitzung entscheidet, verbietet in Fällen, wo umgekehrt der Erwerb des Ganzen erst Ersitzung begründet, die Annahme der Ersitzung auch der Theile durch und mit dem Ganzen geradezu[368]). Im ersteren Falle waren die Erforderniße des Besitzes für beide verbundene Sachen vollständig vorhanden; im zweiten Falle ist dies offenbar anders; denn ungeachtet der in beiden Fällen gleichmäßig vorliegenden körperlichen Detention, fehlt doch im letzten Falle der ebenso erforderliche animus. Wer sich ein Schiff, einen Schrank kauft und davon Besitz ergreift, dessen animus ist bei der Besitzergreifung keineswegs auf jedes einzelne Brett als solches gerichtet, sondern nur auf das Ganze, so sehr, daß es geradezu heißt: Nave aut domu emta singula caementa vel tabulae emtae non intelliguntur; ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor quasi evicta parte[369]). Wenn er also auch rücksichtlich der Detention jedes einzelne Brett zu besitzen scheinen könnte, so ist doch kein Besitz desselben vorhanden, weil der animus nur auf das Ganze gerichtet war, mithin das einzelne Brett insofern von jenem gar nicht berührt wird. Deshalb heißt es denn auch: singulas res .... non videtur possedisse[370]). Da nun aber zur Ersitzung Besitz unumgänglich erforderlich ist, so kann auch selbst die vollendete Ersitzung des Ganzen nicht die Ersitzung der singula res, des Theiles, zur Folge haben.

---

367) Savigny, Recht des Besitzes S. 304, 307, 6. Ausg.

368) Dies ist recht gut ausgeführt von Binding a. a. O. S. 220 flg.

369) L. 36. D. 21. 2.

370) L. 30. pr. D. 41. 2. Diese Stelle erklärt sehr gut Windscheid a. a. O. S. 451.

Savigny giebt bei Gebäuden die umgekehrte Regel zu, erklärt dies aber als Ausnahme. Allein dafür liegt kein Grund vor. Denn die von Gebäuden handelnden Stellen reden ganz allgemein ohne Andeutung irgend einer Singularität, und ganz ausdrücklich sagt die zuletzt angeführte Stelle: Idem dici debet et de nave et de armario, stellt demnach Schiffe und Schränke den Gebäuden in dieser Beziehung ganz gleich; es gilt also unverkennbar von Sachen solcher Art ganz dieselbe Regel. Dieselbe Gleichstellung findet sich auch in der ebenfalls schon angeführten Stelle [371]), wo sogar und zwar offenbar nur als Consequenz der Regel, Ersatz für Eviction eines einzelnen Bestandtheiles versagt wird. Nach der Behauptung von Savigny [372]) soll ohne seinen Satz die Usucapion praktisch gar nicht bestehen können, weil mir sonst ja Jeder das Eigenthum einer beweglichen ersessenen Sache durch Zerschlagen oder Zerbrechen derselben willkürlich wieder entziehen könne; ebenso durch Abhauen das Eigenthum von Bäumen eines usucapirten Grundstückes. Dagegen ist mit Binding [373]) Folgendes zu bemerken. Zuvörderst ist der bedeutende Unterschied zwischen den bloßen Stücken eines Trinkglases und den einzelnen Bestandtheilen eines Hauses, Schiffes u. s. w. augenscheinlich. Nur letztere, nicht erstere, behalten auch nach der Trennung noch einen selbstständigen und eigenthümlichen Werth, indem nur sie auch noch nach der Trennung selbst wieder eine Sache bilden; erstere hingegen sind keine Theile, sondern Stücke, Trümmer ohne Werth, welche man wegwirft. Sachen dieser Art gehören in die Klasse, von welcher Pomponius in L. 30. pr. D. 41. 3. sagt, daß hierbei durchaus keine quaestio statthaben könne. Für diese ganze Klasse von Sachen also entsteht durch ein Zerschlagen oder Zerbrechen nach vollendeter Ersitzung durchaus kein Bedürfniß neuer Ersitzung der Theile. Weiter sind aber hier noch die Sachen auszuscheiden, bei welchen der Begriff des Ganzen und der Theile rein willkürlich ist, z. B. ein großes Stück Geld wird in mehrere kleinere zerschlagen. Wenn auch hier die kleineren Stücke noch ihren selbstständigen Werth behalten, so waren sie doch nie ein selbstständiger Theil gewesen, bedurften mithin auch nie einer selbstständigen Ersitzung; vielmehr umfaßt hier dieselbe Ersitzung die ganze Quantität der durch einen und denselben Titel erworbenen Masse. Gewicht und Maß bilden hier die Grenzen der Usucapion und von wirklichen Theilen kann nicht die Rede sein; es bedürfte daher auch hier durchaus keiner weiteren Ersitzung. Wenn dagegen dem Eigenthümer der bereits ersessene Schrank u. s. w. zerschlagen wird, so daß nur dessen einzelne Bretter selbstständige Sachen werden und es für ihn in der That einer neuen Usucapion bedürfte, so wird doch dadurch der praktische Bestand der Usucapion in keiner Hin-

371) L. 36. D. 21. 2.
372) Savigny a. a. O. S. 304 flg., N. 2.
373) Binding a. a. O. S. 222—225.

sicht zerstört. Denn erstreckt sich die Zerstörung auch auf die einzelnen Theile, so daß auch diese ganz unbrauchbar geworden sind, so ist eine Ersitzung wiederum unnöthig, weil dann jedenfalls Anspruch auf Ersatz des Ganzen entsteht. In dem anderen Falle hingegen, wo die Zerstörung eigentlich eine bloße Zertrennung ist, so daß die Theile als solche erhalten bleiben, wo mich also der Zerstörer wirklich auf willkürliche Art zu neuer Ersitzung des Eigenthumes des einzelnen Brettes zwingt, kann er mir damit doch nicht mein wohlerworbenes Eigenthum, was ich übrigens stets nur am Ganzen, nicht auch an den einzelnen Brettern besessen habe [374]), willkürlich entziehen; denn einerseits darf ich ja gerade vermöge dieses Eigenthumes am Ganzen zuvörderst von ihm unbedingt Herstellung fordern, und darin liegt offenbar eine wirkliche Realisation meines Eigenthumes; andererseits habe ich doch auch selbst die getrennten Bretter so lange in meinem usucapionsfähigen Besitze, bis ein Dritter sie mir evincirt. Ob also der bloße Zertrenner mir wirklich schon Eigenthum entzogen habe, bleibt bis dahin sogar immer noch ungewiß, so daß nicht ersterer, sondern in der That der dritte Evincent mir erst mein Eigenthum entzieht. Tritt ein solcher Evictionsfall für einen einzelnen Theil wirklich ein, so hat mir überall der Zerstörer für sein unerlaubtes Handeln gegen mein Eigenthum, weil es dieses ist, bis zum Belaufe des ganzen Interesse zu haften. In anderen Fällen haftet eben so sehr auch mein auctor; es wird jedoch hier unserer Regel gemäß noch unterschieden zwischen dem Falle, wo bei dem Erwerbe der evincirte Theil auch als einzelner, und dem Falle, wo nur das Ganze als solches in das Auge gefaßt worden ist. Auch die Gesetze betrachten die Sache so [375]). Wenn endlich Savigny zuletzt noch den Fall des Abhauens von Bäumen von einem ersessenen Grundstücke als Beispiel der Entziehung des Eigenthumes beibringt, so geräth er dadurch mit sich selbst in Widerspruch, indem er an der einen Stelle [376]) die Absonderung der Frucht von der Hauptsache (— und der Baum ist doch fructus fundi —) für das Eigenthum für völlig ohne Bedeutung erklärt. Und vollendete Ersitzung, mithin Eigenthum, setzt er doch an der anderen Stelle [377]) gerade voraus. Er widerlegt sich hier also selbst, wenigstens für das Justinianeische Recht, in welchem der Unterschied zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigenthume aufgehoben ist. Der praktische Bestand der Usucapion erscheint mithin durch die fragliche Regel keineswegs als unmöglich gemacht. Gegen die etwaige Fassung der Regel in folgender Weise: Usucapion der Theile durch das Ganze findet überall nicht statt, wo wirkliche Theile vorhanden sind, erheben sich abermals große Beden=

---

374) L. 36. D. 21. 2.

375) L. 23. §. 1. D. 41. 3. vgl. mit L. 36. D. 21. 2. Diese Stellen setzen gerade solche verschiedene Evictionsfälle voraus.

376) Savigny, Recht des Besitzes §. 22 a, S. 313 flg.

377) Savigny a. a. O. S. 304, N. 4.

ken. Wenn nämlich Jemand einen Ring kauft, mit einer Gemme besetzt, mithin aus zwei Theilen bestehend, und ihn mehrere Jahre hindurch im Usucapionsbesitze hat, und der Ring wird in seine einzelnen Theile getrennt, so muß man behaupten, daß allerdings die vollendete Ersitzung des Ganzen auch die der einzelnen Theile mitbegreift. Die umgekehrte Behauptung unterliegt um so größerem Bedenken, als nicht immer menschliche Willkür, sondern oft bloßer Zufall die Trennung bewirkt, dann aber Niemand vorhanden ist, an welchen man sich halten und Ersatz fordern kann. Für Fälle solcher Art ist der Ansicht von Savigny vollständig beizupflichten; damit läßt sich aber das eben Bemerkte troß des anscheinenden Widerspruches vollständig vereinigen. Bei sorgsamer Betrachtung ergiebt sich troß der anscheinenden Gleichheit der Fälle unverkennbar ein großer Unterschied. Die einzelne Bohle des Schiffes nämlich ist zwar ebensowohl ein Theil davon, als die Gemme ein Theil des Siegelringes; allein der Käufer eines Schiffes hat offenbar die einzelne Bohle als solche gar nicht im Auge; der Käufer eines Siegelringes sieht aber offenbar ebenso sehr auf die schöne Goldfassung und den Goldgehalt, als auf die kunstvoll geschnittene Gemme. Während mithin bei überall vorhandener Gleichheit in Betreff der körperlichen Detention im ersten Falle der animus possidendi für die einzelne Bohle gar nicht vorhanden ist, liegt er für die beiden Theile des Siegelringes in ihrer Einzelnheit vollständig vor. Aus dieser Verschiedenheit hinsichtlich des animus folgt dann aber nothwendig das Dasein des Besitzes an den Theilen in dem einen und das Nichtdasein des Besitzes in dem anderen Falle. Die richtige Fassung der Regel ist nun folgende: Die vollendete Ersitzung des Ganzen begreift die der einzelnen Theile nur dann in sich, wenn gleich von vornherein der animus possidendi nicht blos auf das Ganze, sondern auf die einzelnen Theile als solche gerichtet war. Die hierdurch für den einzelnen Fall immer noch insofern, als nun die Entscheidung, wenn und wo diese Richtung des animus anzunehmen sei, res facti wird, übrig bleibende Unbestimmtheit ist aber geringer als es scheint. Denn alle diejenigen zusammengesetzten Sachen, deren Theile genere functionem recipiunt und deshalb als einzelne, wenn auch nicht ohne Werth sind, doch keinen eigenthümlichen Werth haben, wie die einzelnen Balken eines Hauses, die einzelnen Bohlen eines Schiffes u. dgl., werden in der Regel bei dem Erwerbe nur in ihrer Ganzheit ergriffen, während alle diejenigen zusammengesetzten Sachen, deren einzelne Theile zugleich als solche und in ihrer Einzelnheit bei dem Erwerbe selbstständig in das Auge gefaßt zu werden pflegen, zugleich als Ganzes und in den einzelnen Theilen ersessen werden. Auch hier behütet wieder der eigentliche Grund der ganzen Regel vor Mißgriffen. Wird auch der Regel nach ein edler Stein bei zusammengesetzten Sachen auch als einzelner bei dem Erwerbe gewöhnlich behandelt und ergriffen, so läßt sich doch auch der umgekehrte Fall sehr wohl denken, z. B. bei dem Erwerbe eines kostbaren Prachtstückes, an

welchem sehr viele einzelne Steine sind. Kommt hier später nach erfolgter Trennung die Ersitzung des einzelnen Steines in Frage, so gehört derselbe freilich in die Kategorie derjenigen Sachen, welche, wie Balken und Bretter, nur genere dienen. Wenn dagegen, wie dies eben so oft geschieht, irgend ein ausgezeichneter und schon durch die Art seiner Verwendung vor den übrigen bedeutend hervorgehobener Edelstein in Frage ist, so ließe sich dann umgekehrt ohne weiteres auch dessen Ersitzung als einzelner annehmen, weil auch ohne besonderen Beweis hierüber die Vermuthung gelten müßte, daß der Käufer eines solchen Prachtstückes diese beste Zierde des Ganzen auch für sich besonders in das Auge gefaßt und Besitz davon ergriffen habe. Will man die obige Fassung der Regel in dem Sinne auch auf die fructus anwenden, daß man sagt, bei der Besitzergreifung einer fruchttragenden Sache sei der animus allerdings immer auch schon auf die Früchte mitgerichtet, so stimmt zwar damit vollkommen überein die von Savigny erwähnte gänzliche Gleichgiltigkeit der Absonderung der Früchte von der Hauptsache für den Eigenthümer, welche für ihn eine besondere neue Ersitzung der separirten Früchte ganz überflüssig macht; allein der Grund davon kann schon deshalb in jener Regel nicht allein liegen, weil auch der bloße bonae fidei possessor schon durch bloße Separation Eigenthümer der Früchte wird, welcher doch das Ganze nicht schon als solches, mithin auch die Frucht nicht in Gemäßheit jener Regel usucapirt zu haben braucht. Vielmehr ist mit Binding[378]) die ganze Regel von der Ersitzung oder Nichtersitzung der Theile mit und in dem Ganzen nur auf die componirten, d. h. von Menschenhänden oder doch jedenfalls nur äußerlich zusammengefügten Sachen für anwendbar zu achten, nicht auch auf die organischen Erzeugnisse einer fruchttragenden Sache. Jede fruchttragende Sache, wenn sie nur überhaupt gesund ist, bringt nach Naturgesetzen auch Früchte hervor, welche mithin mit jener selbst von vorn herein nur Eine Sache bilden, ganz ebenso, wie die Sachen der ersten Klasse. Der Erwerb einer fruchttragenden Sache bringt daher den Miterwerb ihrer organischen Erzeugungskraft ohne weiteres mit sich, gleichviel ob der Erwerber bei dem Erwerbe besonders auch noch letztere in das Auge faßt oder nicht. Die Natur der Sache macht hier das eigene Zuthun des Erwerbers überflüssig, während bei dem eigentlich Zusammengesetzten nur das eigene Zuthun des Erwerbers außer dem Ganzen auch noch den Theil als solchen ihn ergreifen läßt. Die Absonderung der reifen Frucht von der sie hervorbringenden Sache ist blos eine Folge der Gesetze des lebendigen Organismus. Die bloße Thatsache dieser Absonderung für sich allein ist daher im Rechte ohne Bedeutung, was klar dadurch bewiesen wird, daß bei dem Eigenthümer, wo diese Thatsache wirklich in ihrer Reinheit erscheint, wenn sich die Separation während dessen ruhiger Detention der Hauptsache ereignet, nicht die geringste

378) Binding a. a. O. S. 228.

juristische Folge, welche hier nur als Erforderniß eigener Usucapion der Früchte sich äußern könnte, daran geknüpft wird. Sind anderwärts gleichwohl an diese bloße Separation rechtliche Folgen geknüpft, so sind diese der Ausfluß eines anderen juristischen Principes, welches sich denn auch überall da nicht verkennen läßt, wo die bloße Separation als ein rechtliches Moment erwähnt wird [379]). Es hat dies nur in drei Fällen statt, nämlich bei dem bonae fidei possessor, dem Pachter des ager vectigalis und dem Emphyteuta [380]). In diesen drei Fällen wird auch in den Gesetzen der Umstand scharf hervorgehoben, daß diese drei loco paene domini sind, d. h. zwar nicht wirkliche Eigenthümer, aber doch jedenfalls insoweit, als es irgend ohne Verletzung der Substanz des Eigenthumes geschehen kann. Kein Merkmal ist mehr geeignet zur Bezeichnung dieser Grenze, als die von den natürlichen Gesetzen des Organismus selbst dargebotene Absonderung der Frucht von der sie hervorbringenden Sache. Diese bei dem vollen Eigenthümer ganz gleichgiltige Thatsache schlichtet den hier obwaltenden Grenzstreit zwischen dem vollen Eigenthümer und seinen Doppelgängern auf das Beste. Auch wird nur hierdurch erklärlich, warum der bonae fidei possessor ganz ebenso, wie der volle Eigenthümer, die getrennten Früchte gar nicht mehr zu ersitzen und dem Eigenthümer entweder, wenn sie noch wirklich vorhanden sind, herauszugeben oder, wenn sie verzehrt sind, zu ersetzen braucht. Nur seine Nichtersatzpflicht wird auch von Savigny unumwunden anerkannt, während er hinsichtlich der noch in Natur vorhandenen separirten Früchte die Nothwendigkeit neuer und besonderer Usucapion ganz ausdrücklich behauptet [381]). Dieses stimmt aber mit den Gesetzen nicht überein, welche vielmehr die Usucapion ausdrücklich für unnöthig erklären, weil die Früchte statim fiunt bonae fidei possessoris [382]). — Folgen, welche aus dem dargelegten Sinne und Umfange der Regel von der Ersitzung oder Nichtersitzung der Theile mit und in dem Ganzen zu ziehen sind, sind folgende: 1) bekanntlich können gestohlene Sachen niemals usucapirt werden. Befindet sich daher an einer zusammengesetzten gestohlenen Sache ein nicht gestohlener einzelner Theil, so wird derselbe für sich natürlich gleichfalls nicht usucapirt. Ebenso muß es sich aber nothwendig auch im umgekehrten Falle verhalten; wenn daher ein Wagen mit einem gestohlenen Rade zwar als Ganzes usucapirt ist, so kann doch hierdurch niemals dieses Rad zugleich mit ersessen sein [383]). 2) Deshalb allein, weil jeder der Theile einer zusammengesetzten Sache nicht aufhört, für

---

379) Vgl. Binding a. a. O. S. 229 flg.

380) Savigny a. a. O. S. 315—320. Vgl. auch den Artikel Früchte Bd. IV, S. 419 flg.

381) Savigny a. a. O. S. 317.

382) L. 4. §. 19. D. 41. 3. Vgl. Heimbach iun., Lehre von der Frucht S. 103, 232 flg.

383) A. M. ist Savigny a. a. O. S. 304. Siehe aber dagegen Binding a. a. O. S. 231.

sich ein selbstständiges Ganze zu bilden, tritt die Ersitzung auch der Theile als solcher noch keineswegs ein. Sonst müßte z. B. auch die Ersitzung der einzelnen Bohle mit dem Schiffe angenommen werden, indem dieselbe doch jedenfalls trotz der Verbindung unverkennbar ein Ganzes für sich bildet. 3) Nach dem früher Bemerkten sind die Regeln über die Ersitzung der im Gebäude noch enthaltenen sowohl als der von ihm wieder getrennten Baumaterialien der reine Ausfluß der oben gefaßten Regel und mithin durchaus nichts Besonderes. Umgekehrt erblickt Savigny darin, daß auch nach vollendeter Ersitzung des Ganzen die Materialien für sich im Falle der Trennung zu usucapiren sind, nur eine Ausnahme von der Regel. Er findet den Grund dafür lediglich in dem Verbote der Vindication und Exhibitionsklage durch die 12 Tafeln, wodurch dem Eigenthümer der Materialien jedes Recht der Unterbrechung der Ersitzung entzogen gewesen, mithin aber auch ausnahmsweise die Nichtzulassung der Ersitzung der Theile durch das Ganze nothwendig geworden sei [384]). So richtig dies auch ist, so beweist doch die von Savigny angeführte Stelle [385]) nicht mehr, als diese Thatsache, nicht aber, was damit bewiesen werden soll, nämlich daß die Regel über die Nichtersitzung des Materiales mit dem Gebäude selbst lediglich Folge dieser Singularität sei. Vielmehr erhellt aus den Gesetzen [386]) das directe Gegentheil; und wenn dort auch nicht ausdrücklich gesagt ist, daß dieses selbst dann gelte, wenn das Ganze selbst bereits als solches usucapirt ist, so steht doch ausdrücklich da, was ebensogut ist, da der Besitz nothwendige Voraussetzung der Ersitzung ist: singulas res non videtur possedisse, und da nun gleich darauf hinzugefügt wird, ganz dasselbe gelte auch von den einzelnen Bohlen und Brettern eines Schiffes und Schrankes, was doch unverkennbar bewegliche Sachen sind, so kann jenes sich blos auf Immobilien beziehende Verbot der 12 Tafeln die Ursache der Regel nicht sein. In der That lag auch trotz jenes Verbotes der 12 Tafeln ein praktisches Bedürfniß zu einem besonderen Verbote der Ersitzung deshalb gar nicht vor. Denn wenn das fremde Baumaterial mit Wissen dieser seiner Eigenschaft verwendet worden war, was ursprünglich regelmäßig der Fall war, so haftete daran ein für alle Male das vitium furtivitatis, und es war mithin nach der gewöhnlichen Regel selbst, welche bei res furtivae den Ausschluß der Usucapion sanctionirte, selbst dem bonae fidei possessor die Usucapion unmöglich gemacht. Deshalb sagt Gajus [387]) geradezu, daß bei beweglichen Sachen es nicht leicht vorkomme, daß dem bonae fidei possessor die Usucapion zustehe, weil derjenige, welcher eine fremde Sache verkauft und übergeben habe, ein furtum begehe; was ebenso der Fall

384) Savigny a. a. O. S. 308. Siehe dagegen Binding a. a. O. S. 233 flg.

385) L. 23. §. 6. 7. D. 6. 1.

386) L. 30. pr. D. 41. 2.

387) Gai. Inst. Comm. II. §. 50.

sei, wenn die Tradition einer fremden Sache ex alia causa geschehe. Faßt man dabei die große Ausdehnung des römischen furtum in das Auge, so wird es begreiflich, daß ein rohes Gesetz, wie die 12 Tafeln, die äußerst seltene, fast unmögliche Ausnahme, nämlich den Fall, wenn das fremde Baumaterial bona fide zum Bauen verwendet worden war, seinen baupolizeilichen Rücksichten unbedenklich zum Opfer bringt. Das bloße Verbot der Vindication und der actio ad exhibendum kann aber umsoweniger noch ein besonderes Verbot der Usucapion begründen, als ohnehin bekanntlich bei der Usucapion die bloße Civilinterruption gar nichts galt[388]). Es lag hier stets die Alternative vor, entweder res furtiva oder wirklich begründete Usucapion; dort lief von selbst keine; hier war es Unrecht, sie zu versagen. Keineswegs ist also die Nichtersitzung des Materiales im ganzen bloße Folge jenes Verbotes der 12 Tafeln. Was nun die den fraglichen Gegenstand betreffenden Gesetzstellen anlangt, so ist die Hauptstelle (L. 30. §. 1. D. 41. 3.) schon früher erwähnt worden. Der erste Theil dieser Stelle ist schon oben erklärt worden. Es geht hieraus hervor, daß die hier erwähnten decem dies, welche zur Usucapion der tegulae oder columnae noch fehlten, als der Usucapirende solche mit einem Gebäude verband, nur die gleichgiltige Bestimmung des einzelnen Falles sind und in keiner Weise urgirt werden dürfen[389]); ferner, daß das hier vorkommende aedificium lediglich als Beispiel zu fassen ist, an dessen Stelle ebensogut navis, armarium etc. stehen könnte; nur freilich bot es zugleich das schlagendste Beispiel dar, indem die für Dritte rechtlich nunmehr untrennbare Verbindung mit der unbeweglichen Sache die Annahme fortdauernden selbstständigen Besitzes der beweglichen Sache allerdings am meisten erschwerte; denn juristisch stand jetzt fest, daß rücksichtlich der körperlichen Detention an sich nur noch eine, beide Sachen gleichmäßig umfassende possessio, nämlich die des aedificium, stattfand, und daß nur deshalb, weil diese eine possessio des aedificium den Besitzer selbst ja niemals an willkürlicher Wiederzertrennung hindern konnte, sich noch eine Brücke zur Annahme der Fortdauer von Detention auch an der beweglichen Sache darbot, während der animus freilich nicht im mindesten genirte. In der Erklärung des zweiten Theiles der Stelle hat Madai[390]), wie scharfsinnig die seinige auch ist, doch nicht genug den Unterschied zwischen beiden Fällen von vereinigten Mobilien und der Vereinigung einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen erkannt. Im letzteren Falle nämlich erscheint, während das Erforderniß des animus in beiden Fällen gleichermaßen vollständig erfüllt ist, das Erforderniß der Detention nur noch die eine an sich ungetheilte possessio der unbeweglichen Sache für

---

388) L. 2. §. 21. D. 41. 4. L. 17. §. 1. L. 21. D. 6. 1.

389) A. M. sind viele Juristen. Vgl. die Meinungen darüber bei Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 169 flg. Siehe auch den Artikel Besitz Bd. II, S. 52 flg. Am besten klärt die Sache Binding auf.

390) Madai, im Archiv Bd. XXV, S. 314 flg.

beide Körper, das Immobile und die bewegliche Sache, zugleich erfüllt; im ersteren Falle hingegen findet auch das Erforderniß der Detention für beide Sachen eine ganz gleiche Befriedigung, indem nicht bloße possessio der einen Sache, sondern fortwährend selbstständig und getrennt auch beider Körper fortdauert. Dies will Pomponius durch die Worte: in quo verum est et aurum et gemmam possideri im Gegensatze zur einzigen possessio aedificii sagen, und wenn er als Grund dafür angiebt: cum utrumque maneat integrum, so heißt dies nichts mehr und nichts anderes als: da ja beide Sachen trotz ihrer nunmehrigen Vereinigung ganz unversehrt, unverändert und für sich bleiben und folglich auch körperlich, wie denn ohnehin animo, ganz vor wie nach getrennte Detention gestatten. Das „integrum" bezeichnet nicht blos die unveränderte Mobiliarqualität als solche [391]). Es geht dies daraus hervor, daß das „integrum" sonst nicht noch als Entscheidungsgrund hätte geltend gemacht werden können, während der Jurist vorher schon den zu entscheidenden Fall deutlich genug als solchen bezeichnet hatte, wo die verbundenen Gegenstände mobilia permanent. Der annulus und die gemma bleiben integrum im Gegensatze zu den tegulae und columnae in aedificium coniectae, insofern diese rechtlich nunmehr nur noch eine Sache mit dem aedificium ausmachen und daher in der That auch nur eine possessio noch stattfindet, die am Gebäude. Die Stelle ist also nicht dahin zu verstehen, daß am annulus und an der gemma der bisherige Besitz zwar auch durch das Ganze, jedoch als zweier Mobilien, fortdauere, sondern dahin: daß in diesem Falle in dem Besitze gar keine Veränderung vorgehe, daß darin nach wie vor an beiden einzelnen Gegenständen vollkommen getrennte possessio stattfinde. Das „et aurum et gemmam possideri" deutet klar darauf hin, daß in dem anderen Falle nicht mit derselben Bestimmtheit gesagt werden kann: „et tegulas et aedificium possideri", obgleich gezeigter Maßen das Resultat dasselbe blieb. Savigny hat hinsichtlich der Erklärung des ersten Theiles der Stelle die Ansicht von Falk angenommen [392]). Nach dieser Erklärung stehen die tegulae und columnae hier nicht als eigene Baumaterialien, sondern als Stücke, welche dem Gebäude blos äußerlich angefügt sind, versteht sich, sofern die Säulen nicht das Gebäude tragen, sondern nur zur Verzierung aufgestellt sind: eine so lose Verbindung soll die angefangene Usucapion nicht stören und die decem dies bezeichnen daher nicht etwa eine sehr kurze Zeit, sondern überhaupt den Rest der Usucapionszeit, wobei die bestimmte Zahl etwa aus einem wirklichen

391) Wie Madai a. a. O. S. 316 behauptet. Siehe dagegen Binding a. a. O. S. 236 flg.

392) Savigny a. a. O. S. 230, N. 1, 3. Ausgabe. Er ist dieser Ansicht auch noch in der 6. Ausgabe treu geblieben §. 22, S. 311, N. 1 hat sie auch daselbst gegen die Ausstellungen von Thibaut, im Archiv f. civil. Praxis Bd. VII, S. 79 flg. in Schutz genommen.

Rechtsfalle hergenommen sein könnte. Für diese Erklärung soll eine Stelle [393]) sprechen, nach welcher auch columnae, nämlich in dem Falle, wo die Säulen nicht das Gebäude tragen, sondern nur zur Verzierung aufgestellt sind, vindicirt werden können und zu einem Anspruche auf Evictionsleistung Anlaß geben; anders bei tabulae nach einer anderen Stelle [394]). Freilich sage für tegulae eine Stelle [395]) das Gegentheil, aber nur mit „quidam aiunt", und bei solchen einzelnen Anwendungen habe leicht Streit entstehen können. Diese Erklärung kann aber nach dem Obigen nicht gebilligt werden und das Obige rechtfertigt die Behauptung, daß Labeo und Pomponius ganz ebenso entschieden haben würden, wenn statt tegulae et columnae auch das, was unbestritten unter den Begriff des tignum fiel, mit dem Gebäude vereinigt worden wäre. Allerdings mag dabei die nicht näher motivirte Eviction in L. 23. §. 1. D. 41. 3. etwas auffällig sein; sie wird aber durch die tegulae der L. 1. §. 1. D. 47. 3. jedoch wieder vollständig paralysirt und ist jedenfalls sonst wohl erklärlich [396]), indem die Eviction der columnae nicht auf den Fall der L. 30. §. 1. D. 41. 3. bezogen werden darf, wo namentlich von dem Falle die Rede ist: si in aedificium eas coniecisset, sondern nur auf andere Fälle zu beziehen ist, wo die Grundsätze der actio de tigno iuncto der Eviction nicht im Wege stehen, nämlich wenn eine Säule als selbstständige Verzierung abgesondert hingestellt oder noch nicht vereinigt oder wieder getrennt ist, wie es auch in Ansehung anderer Baumaterialien genommen wird [397]). Unterholzner [398]) hat in Betreff der Verbindung einer bisher als selbstständig besessenen beweglichen Sache mit einem Gebäude die Regel aufgestellt, daß dadurch die Ersitzung sowie der Besitz unterbrochen werde, und will deshalb in L. 30. §. 1. D. 41. 3. statt der Bejahung „nihilominus eum usucapturum" die Verneinung „nihilomagis etc." emendiren. Die Lesart „nihilominus" hat aber nicht blos die Florentinische Handschrift, sondern auch die Basiliken für sich, welche die Statthaftigkeit der Usucapion auch für die bewegliche Sache annehmen [399]); die vorgeschlagene Emendation ist also mit Recht für willkürlich erklärt worden, umsomehr als die Stelle nach dem Obigen sich mit der Lesart „nihilominus" ganz gut erklären läßt und in der That diese Lesart als die allein richtige hiernach erscheint. Ebensowenig kann es gebilligt werden, wenn Sintenis [400]) das „nihilominus" in der Bedeutung

393) L. 23. §. 1. D. 41. 3.

394) L. 36. D. 21. 2.

395) L. 1. §. 1. D. 47. 4.

396) Vgl. Thibaut, im Archiv f. civil. Praxis Bd. VII, S. 82.

397) §. 29. Inst. II. 1.

398) Unterholzner, Verjährung durch fortgesetzten Besitz S. 97 und Verjährungslehre Bd. 1, S. 170 flg.

399) Basil. Lib. L. Tit. 3. cap. 29. th. 2.: ἐν τῷ χρᾶσθαι δεσπόζει διὰ τοῦ κτίσματος.

400) Sintenis, im Archiv Bd. XX, S. 93.

von non, nequaquam, nehmen will. Derselbe Schriftsteller[401]) schließt aus dem Satze: In quo verum est etc. auf die Nothwendigkeit einer Verneinung in dem früheren Satze, weil damit in der Regel ein Gegensatz zum früheren eingeleitet werde. Dieser Gegensatz wird aber bei der oben gegebenen Erklärung nicht vermißt, trotz der Bestätigung der aufgestellten Regel als solcher. Die Hauptsache bleibt jedoch hierbei der entschiedene Widerspruch der von Sintenis[402]) in Uebereinstimmung mit Unterholzner als Resultat der L. 30. §. 1. D. 41. 3. aufgestellten Regel, daß die Verbindung einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen durch oder mit einem Bau den angefangenen Besitz und Ersitzung der ersten unterbreche, auch in diesem nicht fortgesetzt werde, sondern ohne allen Unterschied und ganz allgemein aufhöre, nicht etwa blos mit der gedachten Stelle in ihrer richtigen und handschriftlich allein beglaubigten Lesart, sondern auch mit den ganzen Grundsätzen über Besitz und Verjährung, welche dadurch geradezu auf den Kopf gestellt werden[403]). Sobald nämlich der Besitz beweglicher Sachen durch Bewirkung bloßer Cohäsion mit einem Gebäude unter allen Umständen aufhören soll, so wird dadurch auf der Stelle die ganze bisherige Basis der Besitzlehre zerstört; nach dieser nämlich gehörte zum Besitze weiter nichts, als körperliche Detention und animus; daß der animus durch die bloße Verbauung nicht aufhört, leuchtet von selbst ein; denn Niemand kann mich verhindern, so oft ich es will, ganz nach Belieben über jeden einzelnen Stein meines Hauses zu verfügen, und da dies Niemand kann, so kann auch nicht behauptet werden, daß ich nicht auch den einzelnen Stein besitze. Ist aber dem so, so kann dann, wenn ich mir Steine, Balken u. s. w., wofern an ihnen nur das vitium furtivitatis nicht haftet, zum Erbauen eines Hauses durch Kauf in meinen Besitz verschaffe, noch vor vollendeter Ersitzung derselben aber mein Bau fertig wird und ich ganz ungestört in diesem meinem neuerbauten Hause gelassen werde, mir der Besitz der Steine, Balken u. s. w. nicht abgesprochen werden; es fehlt weder am animus, noch an der Detention, und mehr als dieses gehört nicht zum Besitze. Den vernunftrechtlichen Grund des von ihm behaupteten Aufhörens des Besitzes der Baumaterialien durch deren Verwendung zu einem Gebäude findet Sintenis[404]) in dem völligen Verschwinden des Materiales als Theil im Begriffe des Hauses oder Gebäudes im ganzen darin, daß der Theil seine Eigenthümlichkeit aufopfere, um in Verbindung mit anderen Theilen eine neue zu bilden. Dabei ist übersehen, daß die von ihm behauptete Allgemeinheit und Schrankenlosigkeit dieser Regel gerade zu irrationellen Resultaten führen würde; denn vernünftig bleibt jene Regel nur so lange, als der Besitz

---

401) Sintenis a. a. O. S. 92.
402) Sintenis a. a. O. S. 94.
403) Vgl. Binding a. a. O. S. 360 flg.
404) Sintenis a. a. O. S. 94. Siehe dagegen Binding a. a. O. S. 361 flg.

der Theile nur zumal mit dem Ganzen und durch das Ganze erworben werden soll; sobald aber an den Theilen vollständiger Besitz vorher schon vorhanden war, so läßt sich dessen unfreiwilliges Aufgeben durch Verbauen umsoweniger annehmen, als es umgekehrt sicher entschiedene Absicht des Erbauers ist und sein muß, seinen Besitz sich so lange als möglich zu erhalten. Auch opfert der mit dem Gebäude verbundene Balken in keiner Weise seine Eigenthümlichkeit dadurch auf, um in Verbindung mit anderen Theilen eine neue zu bilden; denn der Balken bleibt nach wie vor, was er war, Balken. Hört nun aber hiernach die mit dem Gebäude verbundene bewegliche Sache keineswegs auf, besessen zu werden, sofern nur das Gebäude selbst im Besitze bleibt, ist also die Grundlage der Ersitzung, der Besitz, auch hier vorhanden, so entsteht die Frage, ob etwa wenigstens in Bezug auf letztere selbst die Behauptungen von Sintenis gerechtfertigt seien. Selbst wenn dies der Fall wäre, dürfte doch daraus für den Besitz an sich nichts gefolgert, ein vernunftrechtlicher Grund mithin dafür keineswegs gefunden werden; denn offenbar wäre das Verbot der Usucapion für diesen Fall dann blos eine Folge des rein positiven baupolizeilichen Verbotes der Vindication und Exhibition von Baumaterial durch die 12 Tafeln, indem ja sonst die Usucapion die nothwendige Folge des dazu geeigenschafteten Besitzes ist. Die Zulässigkeit der Ersitzung im Falle vorausgegangenen usucapionsfähigen Besitzes an den einzelnen Theilen und vorhandenen gleichen Besitzes am Gebäude stimmt aber ebenso, wie gezeigt worden ist, mit dem römischen Rechte, als auch trotz des Verbotes der 12 Tafeln mit den praktischen Bedürfnissen überein; denn einerseits verlangte die Consequenz dieses Verbotes die Ausschließung, bezüglich die Unterbrechung der Ersitzung nur da, wo der Besitz des Theiles keinen selbstständigen Grund hatte, sondern an sich oder mindestens in seiner Fortdauer nur durch das damit verbundene Ganze hätte begründet werden sollen; andererseits hindert das bei fremdem Material regelmäßig vorhandene vitium furtivitatis die Ersitzung ohnehin, während es ganz in der Ordnung war, daß der bonae fidei possessor nicht auch noch gar zum Niederreißen seines Hauses angehalten wurde. Hierzu kommt noch, daß es nicht schwer fallen konnte, von dem bonae fidei possessor des Gebäudes aus durch die Reihe sämmtlicher Auctoren zu demjenigen, welcher das fremde Material wissentlich verbaut hatte, zu gelangen und sich dadurch die actio de tigno iuncto zu verschaffen. Selbst nach dem heutigen Rechte ist ein praktisches Bedürfniß zu einer Aenderung nicht vorhanden. Denn wenn auch im heutigen Rechte der Umfang des vitium furtivitatis nicht so bedeutend ist wie im römischen, so wird dies durch die dem Eigenthümer zustehende Civilinterruption ersetzt. Nur gerecht ist, daß der bonae fidei possessor dem Eigenthümer nicht zu einem Schadensersatze verpflichtet ist, indem er ja sonst ungeachtet seiner bona fides doppelt bezahlen müßte. Es liegen also rationelle Gründe für den von Sintenis aufgestellten Satz des Aufhörens des Besitzes an be-

weglichen, mit einem Gebäude verbundenen Sachen nicht vor und die dafür von ihm angeführten Gesetze[405]) beweisen diesen Satz nicht. Was nämlich die Gesetzstellen überall nur von demjenigen sagen, welcher ein ganzes Gebäude als Ganzes erwirbt, versteht er mit Unrecht dahin, als ob es allgemein gelte, mithin auch von demjenigen, welcher mit einem von ihm bereits besessenen Gebäude später gleichfalls von ihm bereits besessenes Baumaterial verbindet. Gerade diejenigen gesetzlichen Gründe der L. 23. pr. D. 41. 3., welche Sintenis für allgemein giltig hält, während sie doch nur bei demjenigen vorkommen, qui aedes mercatus est, passen auch da nicht, wo der Besitzerwerb nicht an der universitas als solcher, sondern auch an den einzelnen Theilen als solchen geschehen ist; denn nur dort gilt das: si singulas res possidere intelligeretur, ipsas aedes non possidebit, indem hier ja eine von der universitas ganz unabhängige selbstständige possessio vorausging; nur dort würde una res diversis temporibus ersessen, während hier in der That duae vel plures res diversis temporibus usucapirt werden, was gar nicht auffällig ist; wie nämlich selbstständiger Besitz an der verbundenen beweglichen Sache vorhanden war und fortdauert, so liegen auch hier trotz der Verbindung kraft des scheidenden zur Erhaltung des Besitzes hinreichenden animus nicht una, sondern duae res vor. Der Erwerb der universitas als solcher wird aber nicht blos zufällig und nur an dieser Stelle erwähnt; denn ganz dasselbe ist auch an allen anderen Stellen der Fall, worin unsere Regel vorkommt[406]). Auch die letzte der angeführten Stellen muß, worüber die übrigen Stellen keinen Zweifel lassen, so verstanden werden, und es liegt dies schon von selbst hier in dem Gegensatze zwischen universitas und res singula, wird aber unwiderleglich dadurch, daß diese Stelle den ganzen Grundsatz geradezu auch auf bewegliche Sachen anwendet; denn bei diesen gilt doch keineswegs die von Sintenis so stark betonte Regel des aedificium: quae alienis aedificiis connexa essent, ea, quamdiu iuncta manerent, eorundem aedificiorum esse[407]); bei ihnen findet mithin nicht diejenige Untrennbarkeit statt, welche für Baumaterial galt und eine Aenderung im Besitze herbeiführen zu müssen scheinen konnte; bei ihnen fehlt es also an jedem Grunde, selbst im Falle späterer Vereinigung des Theiles mit dem Ganzen, Mangel an Besitz und Verjährung auch des Theiles anzunehmen. Was Sintenis aus der in L. 59. D. 6. 1. und auch sonst erwähnten reversio in pristinam causam für die Allgemeinheit seiner Regel folgern zu können glaubt, ist ganz ohne Bedeutung, weil diese Stelle von unserer Regel nicht spricht und ohnehin gerade den Fall voraussetzt, wo einem bereits

405) Vgl. Sintenis a. a. O. S. 86—90.

406) L. 7. §. 11. D. 41. 1. L. 23. §. 7. D. 6. 1. L. 36. D. 21. 2. L. 2. §. 21. D. 41. 4. L. 30. pr. D. 41. 2.

407) L. 59. D. 6. 1.

bestehendem Gebäude eine fremde Sache beigefügt wird. Er hat hier zwei wohl zu unterscheidende Dinge mit einander vermengt. Denn wenn die Gesetze bei zusammengeschmolzenen Metallen auf die Möglichkeit der reversio in pristinum statum für die Eigenthumsfrage Gewicht legen, so ist dies etwas ganz Anderes, als wenn hier von reverti in pristinam causam geredet wird. Der Balken bleibt nach wie vor Balken, welcher sichtbar und greifbar ist, wenn er auch während der Verbindung aus polizeilichen Rücksichten für Dritte für unzertrennbar vom Gebäude erklärt wird; Zusammenschmelzung von Metallen macht aber beide erst geradezu ganz verschwinden, so daß freilich am früheren Metalle weder Besitz noch Eigenthum nachgewiesen werden kann. Gegen die von Savigny mit Recht behauptete Beschränkung der neuen Ersitzung der Theile nach bereits vollendeter Usucapion des Hauses auf den Fall, daß Haus und Material verschiedene Eigenthümer besitzen, während sie wegfalle, wenn sie denselben Eigenthümer hätten, erklärt sich Sintenis ebenfalls; er hält diese Beschränkung, obwohl er selbst einräumen muß, daß in der That alle Stellen nur von verschiedenen Eigenthümern sprechen, für falsch. Savigny hat sich nun zwar gegen den ihm gemachten Vorwurf der Dunkelheit genügend gerechtfertigt und seine Ansicht sehr klar entwickelt, stützt sich jedoch dabei gleichfalls wieder vorzüglich auf das Verbot der Vindication und Exhibition durch die 12 Tafeln[408]). Der wahre Grund dieser Bestimmung scheint aber mit Binding[409]) folgender zu sein. So richtig es ist, daß ich mit der universitas nicht auch die einzelnen Theile als solche erwerbe, so kann diese Regel doch natürlich nur da Anwendung finden, wo schon von vornherein Theil und Ganzes nicht homogen, sondern in der That rechtlich verschieden war; denn nur unter dieser Voraussetzung kann doch eine Forterhaltung eben dieser rechtlichen Verschiedenheit, was doch der einzige Zweck jener ganzen Regel ist, ganz allein gedacht und gerechtfertigt werden; nur, wenn beide, Theil und Ganzes, von vornherein eigentlich nicht zusammengehören, dürfen Rechtssätze es hindern, daß allmälig ein blos factischer Zustand jene rechtliche Nichtzusammengehörigkeit übertünche und zuletzt vertilge. Wo hingegen gleich von Anfang an die rechtliche Qualification des Ganzen und der Theile durchaus gleich war und mithin das Eigenthum daran einer und derselben Person zustand, da kann jener, die innere Bedingung unserer ganzen Regel bildende Zwiespalt zwischen dem Ganzen und seinen Theilen niemals hervortreten. Vielmehr bleiben die Theile da stets nach Weise der Theile eines organischen Ganzen, wo der Theil im gesunden Zustande mit dem Ganzen stets homogen bleibt, auch innerlich geeinigt, und wenn auch als Rest der Aeußerlichkeit und folglich Trennbarkeit blos zusammengesetzter noch

408) Savigny, Besitz, Vorrede zur 6. Aufl. p. LXVIII—LXXII.
409) Binding a. a. O. S. 366 flg.

immer die Möglichkeit jenes Zwiespaltes zurückbleibt, so findet aber doch, so lange dieser Zwiespalt, mithin vorerst Verschiedenheit der Besitzer nicht wirklich eintritt, in der That neben der blos äußeren auch die innere Einheit der Theile mit ihrem Ganzen statt. Sowenig, wenn ein Thier zerlegt wird, erst noch besondere Verjährung der Theile gefordert werden kann, sowenig bedarf es bei den Theilen einer zusammengesetzten Sache, welche nicht nur äußerlich, blos factisch, sondern auch innerlich, mithin rechtlich zusammen gehörten, später nach vollendeter Verjährung des Ganzen und nun erst erfolgender Trennung der Theile, erst noch einer besonderen Verjährung. Zu ganz demselben Resultate gelangt man schon aus dem bloßen Begriffe der Ersitzung, welche ja lediglich eine Ergänzung rechtlichen Mangels an Eigenthum durch den Zeitablauf ist. Diese Ergänzung nämlich braucht natürlich stets nur insoweit und in der Maße einzutreten, als sie wirklich nöthig ist. In unserem Falle nun, wo bei dem rechtlich völlig gleichgearteten Ganzen die Verjährung auch nur gegen eine einzige Person gerichtet sein kann, da nur ein Eigenthümer des Ganzen und der Theile da ist, bedarf es mithin für beide nur einer einzigen Verjährung, welche vollkommen zur Ausschließung aller Ansprüche an Ganzes und Theil genügt, da beide nur Einen Eigenthümer hatten. Es kann mithin sowenig noch eine besondere Verjährung der Theile nach ihrer Trennung von dem bereits ersessenen Ganzen erfordert werden, daß sich vielmehr umgekehrt viel eher behaupten ließe, die Theile, welche kürzere Frist dazu brauchen als die unbewegliche Sache, seien schon viel früher als die unbewegliche Sache bereits ersessen worden. Diese letztere Behauptung ist indessen ebenfalls unrichtig, weil hier die vorhandene vollkommen rechtliche Gleichartigkeit des Ganzen und der Theile auch in jeder Beziehung vollständige Gleichheit der rechtlichen Behandlung als nothwendig erscheinen läßt.

3) Ausschließung der Verjährung bei geheiligten Gegenständen. Nach älterem römischen Rechte sind die res sacrae und religiosae der usucapio entzogen[410]). Die longi temporis praescriptio war in dessen Folge natürlich umsomehr ausgeschlossen, als nach der hier zum Grunde liegenden Ansicht dergleichen Sachen überhaupt nicht Gegenstand des Privatrechtes sein sollten[411]). Diese Ansicht ist im Justinianeischen Rechte beibehalten; daher ist, obgleich die ursprünglich heidnischen Begriffe zu den christlichen Ansichten nicht mehr recht paßten, doch das Verbot der Usucapion aufgenommen[412]). Damit ist zugleich die longi temporis praescriptio ausgeschlossen. Ob auch die 30jährige und 40jährige Verjährung auszuschließen seien, kann zweifelhaft sein, indem im allgemeinen von dem, was von der usucapio und

410) Gai. Inst. Comm. II. §. 48. L. 9. D. 41. 3. §. 1. Inst. II. 6.
411) §. 7. Inst. II. 1.
412) §. 1. Inst. II. 6. L. 9. D. 41. 3.

longi temporis praescriptio gilt, sich noch nicht auf die längere Ersitzung schließen läßt. Die res sacrae und religiosae werden aber von Gajus[413]) mit den freien Menschen hinsichtlich der Ausschließung der Usucapion zusammengestellt, und es scheint dies deshalb geschehen zu sein, weil sie, wie letztere, überhaupt kein Gegenstand des Verkehres sind. Deshalb scheinen sie auch der längeren Ersitzung entzogen zu sein. Außer den res sacrae und religiosae, welche auch noch im Justinianeischen Rechte der Usucapion entzogen sind, gehören hierher auch noch die res sanctae, wie Stadtmauern und Stadtthore, und auch derartige Gegenstände werden noch im Justinianeischen Rechte unter denen, bei welchen die Usucapion ausgeschlossen ist, genannt[414]). Stadtmauern und Stadtthore sind freilich schon als res publicae der usucapio entzogen. — Nach unseren heutigen Ansichten sind die res sacrae nach dem Rechte zu beurtheilen, was überhaupt bei kirchlichem Vermögen gilt[415]). Bei allgemeinen Begräbnißplätzen (Friedhöfen) kommt es hinsichtlich der Ersitzung darauf an, ob solche Kirchengut oder Gemeindeeigenthum sind. Mauern und Thore werden wie anderes Gemeinde- oder Staatseigenthum betrachtet. — In den 12 Tafeln kam eine Ausschließung der Usucapion bei dem forum und bustum vor[416]). Jac. Gothofredus und Dirksen setzen beide diese Bestimmung in die zehnte Tafel, ersterer an der funfzehnten, letzterer an der eilften Stelle[417]). Die Bestimmung der 12 Tafeln konnte sich natürlich nur auf die usucapio, als die damals allein bekannte Art der Ersitzung, nicht auf die viel später aufgekommene longi temporis praescriptio, beziehen; es verstand sich aber von selbst, daß man diese Bestimmung später auch auf die longi temporis praescriptio ausdehnte. Die Bedeutung jenes Verbotes der 12 Tafeln hat man auf verschiedene Weise zu erforschen versucht. Daß forum den Vorhof (vestibulum) der Begräbnißstelle (sepulcrum) bezeichnete, kann nach der Erklärung von Cicero (vgl. Note 416) und Festus[418])

---

413) Gai. Inst. II. 48.

414) L. 9. D. 41. 3.

415) Vgl. den Artikel Kirchengut Bd. VI, S. 138 und das früher hinsichtlich der Verjährung gegen die Kirchen in dem jetzigen Artikel Bemerkte.

416) Cicero, de legg. II. 24.: Quod autem forum, id est, vestibulum sepulcri, bustumve usucapi vetat (nämlich die lex XII tabularum) tuetur ius sepulcrorum. Die Worte „id est, vestibulum sepulcri" sind nur eine Erläuterung des Cicero, nicht Worte der 12 Tafeln. Jac. Gothofredus hat als Worte der 12 Tafeln hingestellt: „Fori bustive aeterna auctoritas esto". Abgesehen davon, daß, wo die Worte der 12 Tafeln nicht in der ursprünglichen Fassung von den Schriftstellern überliefert worden sind, die Versuche der Wiederherstellung des ursprünglichen Textes der 12 Tafeln sehr unsicher erscheinen, stehen dieser von Gothofredus versuchten Fassung noch manche Bedenken entgegen. Vgl. Puchta, civil. Abhandlungen S. 42 flg. Unterholzner, Verjährungslehre §. 7.

417) Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafelfragmente (Leipzig 1824) S. 695 flg.

418) Festus s. v. Forum: Forum sex modis intelligitur ... quarto, cum id forum antiqui appellabant, quod nunc vestibulum sepulcri dici solet.

nicht zweifelhaft sein. Bustum bedeutet nach Festus[419]) eigentlich den Ort, wo der Leichnam verbrannt und begraben worden ist. Es kann wohl in dieser Bestimmung der 12 Tafeln das älteste bekannte Verbot der Usucapion hinsichtlich der res religiosae (Begräbnißplätze) erblickt werden[420]). Im Justinianeischen Rechte ist von der Ausschließung der Usucapion bei forum bustumve nicht weiter die Rede, allein die Ausschließung der Usucapion bei den res religiosae ist in das Justinianeische Recht übergegangen. — Auch bei den Grenzstreifen (limites) war die usucapio ausgeschlossen. Diese Ausschließung ist wohl aus einer Art von Heiligung zu erklären, welche bei dieser, wegen ihrer Wichtigkeit eines besonderen gesetzlichen Schutzes (sanctio) bedürfenden, Einrichtung um so natürlicher war, als die Feststellung der Grenzen (limitatio) bei den Römern ursprünglich mit heiligen Gebräuchen wesentlich verbunden war[421]). Die größeren Grenzstreifen waren schon deshalb der Usucapion entzogen, weil sie zugleich zu öffentlichen Wegen dienten und also dem Staatsvermögen angehörten. Es war dies der Fall namentlich bei den limites actuarii, welche, wenn sie nicht etwa mit Heerstraßen zusammentrafen, wo ihnen die Breite der Heerstraßen gegeben wurde, 12 Fuß breit sein mußten. Jedesmal der sechste limes sollte nach der lex Sempronia, Cornelia und Iulia ein limes actuarius sein und zu öffentlichen Wegen dienen, die limites linearii dienten zur Abgrenzung (mensurae disterminandae causa) und zu Feldwegen; sie sollten nach der lex Mamilia 5 Fuß breit sein[422]). Diese limites linearii gehörten zu dem Eigenthum der Grenznachbarn in der Art, daß von der ganzen Breite derselben zu 5 Fuß $2^1/_2$ Fuß zu dem einen und $2^1/_2$ Fuß zu dem anderen Grundstücke gerechnet wurden[423]). Bei ihnen beburfte es, um sie der usucapio zu entziehen, einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung. Eine solche war nach Cicero[424]) schon in den 12 Tafeln

---

419) Festus s. v. Bustum.

420) A. M. ist Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 178.

421) Ueber die Bedeutung der limitatio vgl. Niebuhr, römische Geschichte Bd. 2, S. 694 flg. 3. Ausg.

422) Ueber alles dieses geben die von Gösius herausgegebenen scriptores rei agrariae Auskunft. Die Breite von 5 Fuß für die limites linearii nach der lex Mamilia geht hervor aus Siculus Flaccus (bei Gösius S. 8). Simplicius (ebd. S. 83). Aggenus Urbicus (ebd. S. 53).

423) Dies geht aus der in der vorigen Note angeführten Stelle des Simplicius hervor.

424) Cicero, de legg. I. 21.: ... quoniam usucapionem XII tabulae intra quinque pedes esse noluerunt. Die handschriftliche Lesart ist zwar „voluerunt", allein mit Recht ist die Verbesserung „noluerunt" fast allgemein gebilligt worden (vgl. Dirksen a. a. O. S. 477), zumal Aggenus Urbicus (bei Gösius S. 53) ebenfalls die Ausschließung der usucapio bei den quinque pedes erwähnt. Er giebt die Quelle dafür nicht an. Bei der bestimmten Nachricht, welche Cicero giebt, scheint aber weder daran, daß sowohl die Ausschließung der Usucapion bei den limites, als die angegebene Breite derselben zu 5 Fuß den 12 Tafeln zuzuschreiben seien, mit Grund gezweifelt werden zu können, wie dies Unterholzner a. a. O. Bd. 1, N. 175, S. 180 thut, denn Cicero stand jedenfalls

enthalten. Was die Frage anlangt, ob die Beschränkung der Ersitzung in Ansehung der Grenzraine noch im Justinianeischen Rechte gelte, so ist zuvörderst folgendes Rechtsgeschichtliche vorauszuschicken. Die Einrichtung der Grenzraine hing mit einer doppelten Gestaltung der Grenzscheidungsklage (actio finium regundorum) zusammen. War der die Grenze bildende Raum (der Grenzrain von 5 Fuß) der Gegenstand der Grenzstreitigkeit, so hieß diese Streitigkeit controversia finalis oder de fine; griff dagegen der Streit über den Grenzrain von 5 Fuß hinaus, so hieß die Streitigkeit controversia de loco [425]). Bei der controversia de fine kommen insbesondre arbitri vor [426]). Diese Verschiedenheit wird noch in einer Verordnung Constantin's vom J. 331 ausdrücklich bestätigt [427]). In einer Constitution vom J. 385 (zur Zeit von Valentinian II., Theodosius I. und Arcadius) wird die Beschränkung (praescriptio) der eigentlichen Grenzklage (controversia de fine) auf die Fälle, wo die Streitigkeit sich nicht über den Grenzrain hinaus erstreckt, aufgehoben, so daß die controversia de loco gleiche Rechte genießt. Sowie nun bei der controversia de fine ohne Rücksicht auf Ersitzung nur die Beurtheilung von Sachverständigen entschieden hatte, so sollten nun die Grenzstreitigkeiten überhaupt ohne Rücksicht auf Ersitzung beurtheilt werden [428]). Eine Verordnung von Theo-

---

näher in der Zeit den 12 Tafeln, als die scriptores rei agrariae und mußte bessere Kenntniß haben. Das Verhältniß der lex Mamilia zu den 12 Tafeln ist übrigens ungewiß; zu der Annahme, daß sie älter sei, fehlt es an ausreichenden Gründen, wie auch Unterholzner a. a. O. selbst zugiebt. Gegen die von Jac. Gothofredus vorgeschlagene Fassung der fraglichen Stelle der 12 Tafeln, welche dieser in die achte Tafel, Dirksen in die siebente Tafel, beide an die vierte Stelle setzen, welche Fassung so lautet: Intra quinque pedes aeterna auctoritas esto, sind von Puchta, civil. Abhandl. S. 41 und Unterholzner a. a. O. Bd. 1, §. 7 nicht unbegründete Zweifel erhoben worden, und es gilt von der Unsicherheit solcher Versuche der Herstellung des ursprünglichen Textes der 12 Tafeln das in Note 416 Bemerkte.

425) Frontinus, de limitibus agrorum (bei Gösius S. 39, 40): Materiae controversiarum sunt duae, finis et locus. De rigore controversia est finitimae conditionis, quoties secundum legem Mamiliam intra quinque pedes agitur. De **fine** similis est controversia; nam et eadem lege continetur, et de quinque pedum agitur latitudine. De **loco** controversia est, quidquid excedit supra scriptam latitudinem. Isidor. Orig. Lib. V. cap. 25.: Finium regundorum actio dicta, quod per eam reguntur fines utrique, ne dissipentur: dummodo non angustiore quinque pedum loco ea controversia fiat. Vgl. Cuiac. Observ. Lib. X. cap. 2.

426) Aggenus Urbicus, de controv. agror. (bei Gösius S. 50). Cic. de legg. I. 21.: ... nec Mamilia lege singuli, sed ex his (nämlich XII tabulis) tres arbitri fines regemus.

427) L. 3. Th. C. II. 26.

428) L. 4 Th. C. II. 26. In der L. 5. C. III. 39. findet sich blos der Anfang dieser Constitution in den Worten: Quinque pedum praescriptione submota, finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio. Die Glosse versteht unter der quinque pedum praescriptio eine exceptio, wodurch derjenige zurückgewiesen werde, welcher wegen einer solchen Geringfügigkeit, wie ein Raum von 5 Fuß wäre,

dosius I., Arcadius und Honorius vom Jahre 392 stellte den früheren Unterschied zwischen der controversia de fine und der controversia de loco wieder her und bestimmte, daß bei Streitigkeiten, welche den Grenzrain (das spatium quinque pedum) betreffen, arbitri entscheiden sollten; bei der controversia de loco solle das gewöhnliche Verfahren vor dem Richter stattfinden; in Bezug lediglich auf die den Grenzrain betreffenden Streitigkeiten ist gesagt, daß sie „sine observatione temporis" entschieden werden sollen[429]). Im Justinianeischen Rechte hat der Unterschied zwischen der controversia de fine und der controversia de loco aufgehört. Daher kommt auch von einer Ausschließung der Ersitzung bei den Grenzrainen nichts mehr vor; es steht aber fest, daß bei Grenzstreitigkeiten nicht die Verjährung von 10 oder 20 Jahren, sondern nur die von 30 Jahren wirksam sein kann[430]).

4) Ausschließung der Verjährung bei den res communes omnium. Was nach allgemeiner Rechtsansicht (iure gentium)

Klage erheben wollte. Bei dem Mangel genauerer Kenntniß der römischen Feldmeßkunst ist dieses Mißverständniß der Glossatoren erklärlich. Auffallender Weise nimmt aber auch Brunnemann, Comm. ad L. 5. C. cit. diese Meinung an. Crinitus, de honesta discipl. XXV. 4. bezieht die Stelle auf die longi temporis praescriptio, wodurch man sich bis dahin gegen Grenzansprüche des Nachbars aus dem Solonischen Gesetze habe schützen können. Alciatus ad L. 5. C. cit. denkt an die praescriptio XXX vel XL annorum, welche vor dieser Verordnung verstattet worden sei; nun aber habe man die alte Verjährbarkeit der fünf Grenzfuße vollständig wiederhergestellt. Dann aber könnten die Worte quinque pedum praescriptione submota nicht in den Justinianeischen Codex aufgenommen sein, weil ja nach Justinianeischem Rechte die 30jährige Verjährung bei den Grenzstreitigkeiten stattfindet. Charondas, Verosimil. III. 16. (in Otto, Thes. iur. T. I. p. 795.) versteht die „libera intentio" von einer bei dem ordentlichen Richter anzustellenden Klage, während bis dahin die controversia de fine vor arbitri gehört hätte. Jac. Gothofredus zur L. 4. Th. C. cit. nimmt praescriptio für eine Anordnung, Vorschrift, und behauptet die Aufhebung der alten Einrichtung der 5 Grenzfüße durch diese Verordnung, womit auch Giphanius, Explan. difficilior. et celebrior. Leg. Cod. Iustin. ad L. penult. et L. ult. C. III. 39. p. 208 sq. und van Toullieu, Collect. iur. civ. Diss. IV. cap. 9. übereinstimmen. Gösius in seiner Ausgabe der Scriptores rei agrariae, wo p. 342. die L. 4. Th. C. cit. abgedruckt ist, nähert sich den älteren Ansichten, indem er meint, man habe infolge eines Gewohnheitsrechtes die longi temporis praescriptio bei Grenzstreifen zugelassen, was aber die Verordnung verbiete. Wittert, Disp. de praescriptione quinque pedum ad L. penult. C. fin. regund. (in Oelrichs, Thes. nov. dissert. iurid. Belgicar. Vol. II. T. I. Nr. VII.) erklärt die Worte quinque pedum praescriptione submota so: Wenn die gesetzlich verordnete Grenzlinie von 5 Fuß breit verrückt oder verdrängt worden ist, so soll weder die deshalb dem Nachbar zustehende Grenzscheidungsklage, noch die Vindication des demselben durch die Verrückung der Grenze entzogenen Stückes Land einer Verjährung unterliegen, sondern die Klage zu allen Zeiten statthaben. Noodt, Comm. ad Pand. tit. fin. regund. in fine T. II. Opp. fand dieses Gesetz ganz unerklärbar. Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 10, S. 436—438. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, N. 177, S. 182 flg.

429) L. 5. Th. C II. 26.

430) Die L. 5. Th. C. II. 26. findet sich im Justinianeischen Codex als L. 6. C. III. 39. in völlig veränderter Gestalt wieder.

als Gemeingut der Menschen (res communis) betrachtet wird und als solches dem Verkehre entzogen ist, kann eben deshalb nicht Gegenstand einer usucapio oder longi temporis praescriptio sein; ja es liegt in der Natur der Sache, daß nicht einmal die Verjährung von 30 oder 40 Jahren zugelassen wird. Wer also auf einem Platze am Strande des Meeres einen Bau errichtet, genießt zwar ohne alle Rücksicht auf Verjährung Schutz als Eigenthümer des Gebäudes; ein Eigenthum an Grund und Boden erwirbt er aber auch nach abgelaufener Ersitzungszeit nicht. Ist also das frühere Gebäude verschwunden und es hat ein Anderer den Platz, worauf es gestanden hat, für seine Zwecke benutzt, so steht dem früheren Besitzer deshalb kein Anspruch zu[431]).

5) Ausschließung der Verjährung bei den zu dem öffentlichen Gute gehörigen Sachen. a) Von Sachen, welche dem Staate gehören. Von den unter den res publicae populi Romani befindlichen Sachen, welche dem gemeinen Gebrauche überlassen sind, gilt hinsichtlich der Unzulässigkeit der Verjährung dasselbe, was von den res communes omnium bemerkt worden ist (vgl. vorher unter 4.). Auch die übrigen res populi Romani sind der Verjährung entzogen, sowohl die den Einzelnen gegen eine Abgabe zur Nutzung überlassenen, als die zur Bestreitung der Staatsausgaben dienenden. Es gilt dies sowohl von der usucapio[432]) als auch noch vielmehr von der longi temporis praescriptio. Die 30jährige Verjährung gegen den Staat selbst war ausgeschlossen, indem in einer Verordnung von Theodosius II. und Valentinian III. die an den Grenzen liegenden und den Grenzbesatzungen zur Bebauung überlassenen agri limitanei oder limitrophi jeder Verjährung entzogen sind[433]). Dies schließt freilich die 40jährige, später erst von Anastasius eingeführte Verjährung nicht aus und diese war auch bei dem Besitzthum des Kaisers, welches doch sonst ganz als Staatsgut behandelt wird, statthaft, muß also auch gegen den Staat für zulässig angesehen werden. b) Von den Sachen des Regenten. Die bei den res publicae populi Romani geltenden Rechte finden sich später auch bei dem Besitzthum des Kaisers. Ob man

---

431) Dieser Fall wird von Papinian in L. 45. pr. D. 41. 3. berührt, zunächst in Bezug auf die longi temporis praescriptio. Die Stelle ist verdorben; jedoch ist die Ansicht des Juristen im allgemeinen nicht zu verkennen. Mit der Entscheidung Papinian's steht L. 7. D. 44. 3. von Marcian im Widerspruche. Es ist dies um so auffälliger, als die Stelle mit dem Schlusse der zuerst gedachten Stelle fast wörtlich übereinstimmt, eine Uebereinstimmung, die es, wie Unterholzner bemerkt, wahrscheinlich macht, daß Marcian die Stelle aus Papinian in seine Institutionen übertragen habe. Man hat eine Aenderung der Lesart in der L. 7. D. cit. vorgeschlagen, auch Vereinigungsversuche gemacht. Vgl. darüber Unterholzner a. a. O. Bd. 1, N. 179, S. 185 flg. Wir halten beides für vergeblich und glauben, daß nur die Gedankenlosigkeit der Compilatoren an dem Widerspruche Schuld sei, welche die Stelle Marcian's nicht so, wie sie ursprünglich lautete, wiedergegeben haben.

432) L. 9. D. 41. 3.

433) L. 3. C. de fund. limitroph. (XI. 60. (59.)).

gleich zwischen dem Vermögen, welches dem Kaiser als solchem und demjenigen, welches ihm als Privatmann gehörte, unterschied, und ebenso die kaiserliche Kasse (fiscus Caesaris) entweder eine öffentliche, zur unmittelbaren Verfügung des Kaisers stehende Kasse oder auch die kaiserliche Privatkasse (fiscus privatus Caesaris) sein konnte[434]), so wird doch rücksichtlich der Verjährung kein Unterschied gemacht. Es wird vielmehr von den res fisci ganz allgemein gesagt, daß eine usucapio bei denselben unzulässig sei[435]). Auch die Verschiedenheiten, welche in der späteren Kaiserzeit mit Rücksicht auf die verschiedene Bestimmung und Verwaltung bei dem kaiserlichen Vermögen vorkommen, sind auf die allgemeine rechtliche Beurtheilung einflußlos und begründen daher auch hinsichtlich des Ersitzungsrechtes keinen Unterschied. So sind die „loca ad sacrum dominium pertinentia" der longi temporis praescriptio entzogen[436]). Die fundi patrimoniales sollen nur erworben werden, wenn sie 40 Jahre lang „ex quocunque titulo vel etiam sine titulo" besessen werden; selbst wenn sie unter der Bedingung der Entrichtung eines canon an Privatpersonen ausgethan waren, soll der bloße 40jährige ohne Entrichtung des canon fortgesetzte Besitz sie gegen die Forderung des canon schützen[437]). Die 40jährige Verjährung ist nach dem früher Bemerkten die einzige, welche auch unter Voraussetzung der übrigen Bedingungen der Ersitzung zur Erwerbung fiscalischer Sachen sowie derjenigen, welche zum Vermögen des Kaisers als Privatmann gehören, führen kann. — In Anwendung der römischen Grundsätze auf die Verhältnisse in Teutschland ist zu behaupten, daß in denjenigen Ländern, in welchen ein Unterschied zwischen Landschaftsvermögen (Sachen des Staates) und Kammervermögen (Vermögen, welches der Regent als solcher besitzt) stattfindet, die gewöhnliche Ersitzung bei beiden ausgeschlossen ist und nur die 40jährige Ersitzung Platz greift. Dasselbe gilt vom Schatullgute, welches der Regent als Privatmann besitzt. Ueberhaupt ist die 40jährige Verjährung die Regel für Ausschließung aller zu diesen verschiedenen Arten des öffentlichen Vermögens gehörigen Ansprüche. c) Von den Sachen der Stadtgemeinden. Die res publicae civitatum werden neben den res publicae populi Romani unter den Gegenständen genannt, an welchen keine usucapio stattfinden könne[438]). Man hat diese Ausschließung der usucapio auf diejenigen res publicae civitatum beschränken wollen, welche für den allgemeinen Gebrauch bestimmt sind. Zu dieser Beschränkung ist aber kein hinreichender Grund vorhanden. Daß die longi temporis praescriptio hier aber, natürlich mit Ausschluß der zum gemeinsamen Gebrauche bestimmten Sachen, statt-

434) Vgl. darüber Unterholzner a. a. O. Bd. 1, R. 180, S. 189.
435) §. 9. Inst. II. 6. L. 18. 24. D. 41. 3. L. 2. C. VII. 30.
436) L. 3. Th. C. X. 1. L. 3. C. VII. 38. L. 2. C. de fundis et saltibus rei domin. (XI. 67. (66.)).
437) L. 14. C. de fund. patrim. (XI. 62. (61.)).
438) L. 9. D. 41. 3.

gefunden habe, dafür haben wir das Zeugniß von **Paulus**[439]). Zwar will **Unterholzner**[440]) die fragliche Stelle nur auf Pfandansprüche bezogen wissen, welche von einer Stadtgemeinde geltend gemacht werden, zu welcher Beschränkung es jedoch an einem genügenden Grunde ermangelt[441]). Nach dem Justinianeischen Rechte kann nach dem früher Bemerkten nur die 30jährige Ersitzung bei Sachen der Stadtgemeinden für zulässig erachtet werden[442]).

6) **Ausschließung der Verjährung bei entwendeten Sachen**[443]). Schon die 12 Tafeln entzogen die entwendeten Sachen

---

439) **Paulus**, Sent. Lib. V. Tit. 2. §. 4.

440) **Unterholzner** a. a. O. Bd. 1, §. 45, S. 154.

441) **Unterholzner** a. a. O. Bd. 1, N. 185, S. 102 findet eine Bestätigung seiner Ansicht von der Unstatthaftigkeit der longi temporis praescriptio bei den Sachen der Stadtgemeinden in L. 2. C. VII. 38. Es ist hier aber zweifelhaft, ob unter den Worten „reipublicae" eine Stadtgemeinde zu verstehen sei; denn die Uebersetzung in Basil. Lib. L. Tit. 13. cap. 5.: *δικαίου δημοσίου* bezieht sich nicht auf Stadtgemeinden, sondern auf fiscalisches Eigenthum. Ueberhaupt nehmen die Basiliken a. a. O. die Stelle: a colonis sive emphyteuticariis dominici iuris, rei publicae, vel iuris sacrorum templorum nicht von den Emphyteuten drei verschiedenartiger Güter, sondern blos von denen zwei verschiedenartiger Güter, indem sie sagen: *ἐκ τῶν γεωργῶν τῶν δεσποτικῶν δικαίου δημοσίου ἢ δικαίου ναϊκοῦ*, so daß sie also blos von den Emphyteuten der dem Staate (bezüglich dem Kaiser) und den Kirchen gehörigen Güter sprechen. **Unterholzner** führt ferner zur Bestätigung seiner Ansicht von der Ausschließung der longi temporis praescriptio bei städtischem Eigenthum an die L. 22. Th. C. XV. 1. (L. 6. C. de oper. publ. (VIII. 11., in den gewöhnlichen Ausgaben 12.) und L. 9. D. de aquae ductu (40. 41. (42.)). In der ersten Stelle bestimmen **Gratian**, **Valentinian** II. und **Theodosius** I., daß die praescriptio temporis nichts helfen soll, wenn Jemand an einem öffentlichen Platze etwas angebracht hat, was denselben entstellt. In der zweiten Stelle verordnet **Zeno**, daß bei Quellen, welche gemeinsam benutzt werden, keine longi temporis praescriptio ein ausschließendes Recht begründen könne. Es ist aber hierbei von **Unterholzner** übersehen, daß hier von solchen res publicae civitatum die Rede ist, welche zum gemeinsamen Gebrauche bestimmt sind, daher bei diesen ebenso wie bei den res publicae populi Romani in derselben Bedeutung, nach Analogie der res communes omnium, von gar keiner Verjährung die Rede sein konnte.

442) In L. 1. C. VII. 33. sind die Schlußworte: quod etiam in re publica servari oportet in Beziehung auf den unmittelbar vorhergehenden Satz zu verstehen, in welchem ausgesprochen wird, daß der Besitzer, gegen welchen Proceß erhoben und später liegen gelassen worden ist, sich auf seinen per longum tempus sine aliqua interpellatione fortgesetzten Besitz nicht zur Begründung der longi temporis praescriptio berufen könne. Ueber die Erklärung der L. 13. §. 27. D. 39. 2. vgl. **Unterholzner** a. a. O. Bd. 1, S. 193 flg. Für das Justinianeische Recht sind übrigens diese Stellen ohne Bedeutung, indem für dieses vielmehr in Frage kommt, ob das den Stadtgemeinden in L. 23. C. I. 2. gegebene Vorrecht der 100jährigen Verjährung durch Nov. 111. aufgehoben und an deren Stelle die Verjährung von 30 oder 40 Jahren getreten sei. Es ist darüber früher das Nöthige bemerkt worden.

443) Besondere Schriften über diesen Gegenstand sind: **Pulvaeus**, ad Legem Atiniam sive de rei furtivae usucapione liber singularis. Paris. 1558. (in **Otto**, Thes. iur. T. IV. p. 327 sq. (eine Streitschrift gegen **Cujacius**, welcher sehr angegriffen wird). **de Retes**, ad Leges Atiniam, Iuliam et Plautiam (in

der usucapio; auch eine lex Atinia wird in dieser Beziehung genannt. Die 12 Tafeln erwähnt in dieser Hinsicht Gajus[444]), beider Gesetze gedenken die Institutionen Justinian's[445]) und eine Stelle der Digesten von Julian[446]). Als Worte der lex Atinia giebt Gellius[447]) an: Quod subreptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto. Außerdem wird als eine in der lex Atinia enthaltene Bestimmung erwähnt, daß die Ausschließung der usucapio bei einer entwendeten Sache dann aufhören und die Sache der usucapio wieder unterliegen solle, wenn sie in die Gewalt des Bestohlenen zurückgekehrt sei[448]). Das Verhältniß beider Gesetze zu einander ist nicht klar. Die 12 Tafeln scheinen absolut die usucapio bei entwendeten Sachen verboten zu haben, während die lex Atinia, indem sie dieses Verbot wiederholte, doch eine Ausnahme zuließ, wenn die entwendete Sache wieder in die Gewalt des Bestohlenen gekommen war, so daß sie von da an der usucapio wieder zugänglich war[449]). Die Fassung des Verbotes der 12 Tafeln läßt sich aus den betreffenden Stellen nicht erkennen[450]). Jac. Gothofredus setzt die Bestimmung über die entwendeten Sachen in die zweite Tafel an der 13. Stelle, Dirksen in die achte Tafel an der 17. Stelle[451]). Von der lex Atinia sind die Worte zum Theil erhalten. Gellius an der angeführten Stelle nennt dieses Gesetz eine lex vetus und erzählt, daß Scävola der Vater, Brutus und Manilius darüber gezweifelt haben, ob die Worte: quod subreptum erit, blos auf die nach dem Gesetze begangenen Entwendungen sich beziehen oder auch auf frühere. Um das Jahr 600 Rom's muß mithin die lex Atinia bereits gegolten haben. Daher ist auch die Vermuthung von Pighius[452]), welcher dieses Gesetz in das Jahr 557 Rom's unter das Consulat von Cn. Cornelius Cethegus und Qu. Minucius Rufus setzt, nicht unwahrscheinlich, obwohl sie nur das für sich hat, daß in diesem

---

Meerman, Thes. iur. T. VI. p. 378 sq.). Ditmar, comm. iurid. ad Legis Atiniae de rerum furtivarum usucapione historiam et interpretationem observationes sistens. Heidelb. 1818. (ohne neue Ansichten). Vergl. auch Unterholzner a. a. O. Bd. 1, §. 59—71, S. 195—242.

444) Gai. Inst. Comm. II. §. 45. 49.

445) §. 2. 3. Inst. II. 6. Zwar hat Theophil. Paraphr. ad h. l. Inst. Ἀτίλιος νόμος und Psellus, Syn. v. 639. δόγμα Ἀτίλιον; die Lesart Atinia verdient aber den Vorzug, theils weil sie durch die Handschriften unterstützt wird, theils wegen der anderen Zeugnisse, die dafür sprechen. Vgl. Schrader, ad h. l. Instit. in seiner Ausgabe der Institutionen S. 250.

446) L. 33. pr. D. 41. 3.

447) Gell. Noct. Att. Lib. XVII. cap. 7.

448) L. 4. §. 6. D. 41. 3. L. 215. D. 50. 16.

449) Vgl. Cuiac. comm. ad L. 4. §. 6. D. de usurpat. (41. 3.). Maiansius, Disput. iur. civ. T. II. p. 318 sq. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 198.

450) Ueber die Wiederherstellungsversuche vgl. Dirksen, über die Zwölftafelfragmente S. 593.

451) Dirksen a. a. O. S. 113.

452) Pighius, annal. Rom. T. II. p. 255.

Jahre L. Atinius Labeo als Volkstribun genannt wird[453]). Daß es ein Plebiscit gewesen sei, wird dadurch wahrscheinlich, daß wir viele Plebiscite privatrechtlichen Inhaltes aus Gajus kennen gelernt haben. — Was in den Gesetzen für die usucapio bestimmt ist, muß auch für die longi temporis praescriptio gelten. Die praescriptio XXX vel XL annorum tritt im neuesten römischen Rechte ergänzend auch hier ein. Für das heutige Recht ist indessen die Anwendbarkeit der außerordentlichen Ersitzung hier bestritten in dem Falle, wenn ein eigentlicher Diebstahl im Sinne unseres gemeinen Criminalrechtes an der Sache begangen worden ist. Es bestimmt nämlich die peinliche Gerichtsordnung Karl's V. Art. 209: „Und kann an solcher gestohlener oder geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Gewehr ersessen werden." Manche[454]) finden hierin eine Ausschließung aller Ersitzung, auch der außerordentlichen an den im Sinne des heutigen Criminalrechtes gestohlenen Sachen, während Andere[455]) darin nur eine Bestätigung des römischen Rechtes erblicken und demnach nur die ordentliche, nicht die außerordentliche Ersitzung bei solchen Sachen für ausgeschlossen halten. Bei dem klaren Wortlaute des Gesetzes kann nur die erste Ansicht als richtig anerkannt werden. Da aber hier ein eigentlicher Diebstahl im heutigen Sinne vorausgesetzt wird, so versteht es sich von selbst, daß die Bestimmung der peinlichen Gerichtsordnung nur auf den teutschrechtlichen Begriff von gestohlenen Sachen anwendbar ist, während diejenigen Sachen, welche blos nach dem römischen Begriffe vom furtum zu den res furtivae gehören, zwar der ordentlichen, nicht aber der außerordentlichen Ersitzung entzogen sind[456]). Ueber den Unterschied des römischen Begriffes des furtum und den Umfang desselben von dem teutschen Begriffe des Diebstahles ist an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden, auf welchen daher zu verweisen ist[457]). Natürlich wird hier, wo von dem Verbote der Ersitzung der res furtivae nach den Grundsätzen des römischen Rechtes die Rede ist, immer eine res furtiva im römischen Sinne vorausgesetzt. — Bei den Erzeugnissen einer res furtiva bedarf es einer besonderen That, um ihnen das Gepräge des furtum aufzudrücken[458]), indem sich diese Eigenschaft nicht von selbst durch den

---

453) Von Maiansius, Disput. iur. civ. T. II. p. 320. wird dieser Tribun, mithin auch die lex Atinia, in das Jahr 558 Rom's unter das Consulat von L. Furius und M. Claudius Marcellus, von Otto, praef. ad Tom. IV. Thes. iur. Rom. p. 16. in das Jahr 556 unter das Consulat von S. Aelius Pätus Catus und T. Quinctius Flaminius gesetzt.

454) J. B. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 325, Anm. Nr. 1.

455) Leyser, medit. ad Pand. Spec. 472. med. 10. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 200.

456) Vangerow a. a. O.

457) Vgl. den Artikel Diebstahl Bd. III, S. 354—368, 386—402.

458) Besondere Schriften über diesen Gegenstand sind: de Amaya, Observ. iur. III. p. ? (de partus ex ancilla furtiva editi usucapione. Genev. 1633. p. 262—338.), worüber Unterholzner a. a. O. Bd. 1, N. 222, S. 222 ein ungünstiges

Erzeugenden auf das Erzeugte fortpflanzt[459]). Wird irgendwo bei den Erzeugnissen die Usucapion geleugnet, so muß unterschieden werden, ob dieses deshalb geschieht, weil die Erzeugnisse die Eigenschaft einer res furtiva angenommen, oder deshalb, weil persönliche Gründe den Besitz zu einem unredlichen gemacht haben[460]). In der Regel ist darauf zu sehen, ob die Erwerbung des abgesonderten Besitzes an den Erzeugnissen (die perceptio) als ein furtum betrachtet werden muß, also ob sie bona oder mala fide erfolgt ist. Die von dem des furtum Schuldigen selbst gezogenen Früchte nehmen jedenfalls die Eigenschaft entwendeter Früchte an[461]). Eine Ausnahme findet bei dem Kinde einer Sclavin und bei den Jungen der Thiere statt. Hier kann sich die Eigenschaft einer res furtiva schon im Mutterleibe mittheilen. Es kommt daher auf die Zeit der Empfängniß, bezüglich des Trächtigwerdens an, so daß, wenn zu dieser Zeit die Sclavin oder das Thier in dem Besitze des Entwenders sich befindet, das Kind oder die Jungen schon vor der Geburt den Charakter als res furtivae an sich tragen. Dasselbe gilt noch vielmehr, wenn die Sclavin oder das Thier schon zur Zeit der Begehung des furtum schwanger oder trächtig gewesen sind[462]). Ein Gleiches tritt aber nicht ein, wenn zu jener Zeit die Sclavin oder das Mutterthier von den Erben des Diebes besessen wird[463]). Der Erbe kann zwar nicht ersitzen, weil sein Besitz blos eine Fortsetzung des schon bei seinem Erblasser vorhanden gewesenen Besitzes ist, und es mithin an der zu Anfange der Ersitzung erforderlichen bona fides fehlt[464]); allein man kann nicht annehmen, daß der Erbe ein furtum begehe, weil es bei ihm am animus furandi fehlt. Allerdings war nach dem Berichte Ulpian's in einer in den Digesten enthaltenen Stelle[465]) Marcellus der Ansicht, daß das Kalb

---

Urtheil fällt; van der Kessel, diss. de usucapione partus et foetus rei furtivae (in Oelrichs, Thes. dissert. iurid. I. 2. nr. 15.).

459) L. 26. D. 50. 16. L. 10. §. 2. D. 41. 3. L. 10. D. 41. 4. L. 3. C. VII. 26. Arg. L. 11. §. 2. D. 6. 2. In allen diesen Stellen ist vom Kinde einer Sclavin die Rede.

460) Namentlich hat zur Verwirrung hier Veranlassung gegeben, daß Paulus in L. 4. D. 41. 3. mitten in den Untersuchungen über den der Sache anklebenden Mangel auch in den §§. 15—18 Bemerkungen macht, welche sich blos auf ein in der Person liegendes Hinderniß beziehen lassen. Schon Donellus, comm. iur. civ. V. 25. hat auf den im Texte hervorgehobenen Unterschied mit Recht viel Gewicht gelegt.

461) L. 4. §. 19. D. 41. 3.

462) L. 48. §. 5. D. 27. 2. Aus L. 12. C. VI. 2. könnte man schließen wollen, daß es blos auf die Zeit der Geburt ankäme, wenn nicht die angezogene Pandektenstelle über die Unrichtigkeit dieses Schlusses belehrte. Auch in L. 3. C. VII. 26. ist eine Andeutung enthalten, daß es nur auf die Zeit der Empfängniß, bezüglich des Trächtigwerdens bei dem Diebe ankommt. Die L. 60. D. 47. 2. ist undeutlich, indem sie sich darüber nicht näher ausläßt, ob die contrectatio schon im Mutterleibe möglich sei.

463) Vgl. Branchu, Observat. cap. 19. p. 192.

464) L. 11. D. 44. 3. L. 2. §. 19. D. 41. 4. L. 43. D. 41. 3.

465) L. 10. §. 2. D. 41. 3.

einer bei dem Erben des Diebes trächtig gewordene Kuh eine res furtiva sei. Allein Scävola widerlegt ihn und meint, es lasse sich dies nur behaupten, wenn man die unrichtige Ansicht gelten lasse, daß das Junge im Mutterleibe ein Theil des Mutterthieres in der Art sei, daß es den dem Mutterthiere anhaftenden Mangel theile; dann würde aber auch kein Unterschied sein, ob das Thier bei dem Erben des Diebes oder bei einem dritten redlichen Besitzer trächtig geworden sei. — Der einer res furtiva anklebende Mangel wird getilgt (vitium rei purgatur), wenn die Sache in die Gewalt des Eigenthümers zurückkehrt[466]). Es war dies schon in der lex Atinia bestimmt[467]). Demnach wird der Mangel getilgt: 1) wenn die Sache in die Gewalt des wirklichen Eigenthümers zurückkehrt; hier erfolgt die Tilgung des Mangels selbst dann, wenn sich die Sache vor dem furtum gar nicht in der Gewalt dieses Eigenthümers befunden haben sollte. 2) Die Tilgung des Mangels erfolgt nicht durch die Rückkehr in die Gewalt des bonae fidei possessor, außer wenn diesem die Sache entwendet worden ist[468]). Wenn dagegen die Sache einem unredlichen Besitzer entwendet worden ist, so kann die Rückkehr in die Gewalt eines früheren bonae fidei possessor nicht die Tilgung des Mangels bewirken. 3) Bei denjenigen, welche ein abgeleitetes Besitzrecht in Ansehung einer Sache haben, bewirkt die Rückkehr einer ihnen entwendeten Sache in ihre Gewalt die Tilgung des der Sache anklebenden Mangels. Namentlich ist dies bei einer einem Pfandgläubiger entwendeten Sache der Fall, wenn diese in die Gewalt des Pfandgläubigers zurückkehrt, wie Paulus sich sehr klar in einer Stelle ausspricht[469]). Wenn derselbe Jurist im Widerspruch damit in einer anderen Stelle[470]) verlangt, daß die dem Pfandgläubiger entwendete Sache in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt sei, so löst sich dieser scheinbare Widerspruch durch die Bemerkung, daß die Rückkehr in die Gewalt des Pfandgläubigers nur so lange die vorher erwähnte Wirkung haben kann, als das dingliche Recht des Pfandgläubigers dauert. Das Pfandrecht ist nun aber seiner Natur nach eine blos vorübergehende, auf die Dauer

466) §. 8. Inst. II. 6. §. 12. Inst. IV. 1. L. 4. §. 6. 12. 21. L. 49. D. 41. 3. L. 7. §. 3. 7. D. 41. 4. L. 84. D. 47. 2. L. 215. D. 50. 16. L. 10. 12. C. VI. 2.

467) L. 4. §. 19. D. 41. 3. Nach dieser Stelle sprach aber die lex Atinia den Worten nach gar nicht von einer reversio in potestatem domini, sondern von einer reversio in potestatem eius, cui res subrepta est. Man legte sie aber dahin aus, daß sie nur von einer reversio in potestatem domini spreche.

468) Dafür spricht L. 6. §. 3. D. 43. 26., wonach der Mangel bei einer res vi possessa getilgt wird, wenn diese in die Gewalt des Dejicirten zurückkehrt. Was von der res vi possessa gilt, muß auch bei der res furtiva gelten.

469) L. 49. D. 41. 3. Paulus kann hier nicht vorausgesetzt haben, daß die Sache mit Wissen des Eigenthümers in die Gewalt des Pfandgläubigers zurückgekehrt war; denn dann war die Sache wirklich in die Gewalt des Eigenthümers gekommen und es bedurfte nicht der Berichtigung der Meinung des Labeo durch Paulus.

470) L. 4. §. 6. D. 41. 3.

der dadurch zu sichernden Forderung berechnete Befugniß, und deshalb mußte im allgemeinen allerdings gesagt werden, daß eine dem Pfandgläubiger entwendete Sache (in der Regel) zu dem Eigenthümer zurückgelangen müsse. Ebenso wird eine Rückkehr einer Sache an den precario possidens, welchem sie entwendet worden ist, eine Tilgung des Mangels nur so lange bewirken können, als das precarium nicht widerrufen ist. 4) Die Rückkehr der Sache in die Gewalt desjenigen, welchem sie geliehen worden war, kann an und für sich die Tilgung des Mangels niemals bewirken [471]), außer wenn etwa der Inhaber der geliehenen Sache ein Retentionsrecht auszuüben befugt war, welchenfalls sogar von dem Eigenthümer ein furtum gegen den Inhaber der geliehenen Sache begangen werden kann [472]). Aehnliches muß auch da gelten, wo die Sache einem Depositar entwendet worden ist. 5) Da der Usufructuar ein eigenes dingliches, in seiner Fortdauer von dem Willen des Eigenthümers unabhängiges Recht hat, so bewirkt auch die Rückkehr der entwendeten Sache in seine Gewalt eine Tilgung des Mangels, vorausgesetzt, daß diese Rückkehr in die Zeit fiel, wo sein Nießbrauch noch fortdauerte. Rückkehr in die Gewalt eines Stellvertreters hebt an und für sich den Mangel nicht [473]); es muß vielmehr noch die Wissenschaft des Eigenthümers von der Rückkehr in die Gewalt des Stellvertreters hinzukommen. Es gilt dies wenigstens als Regel. Ausnahmen sind: 1) wenn der Eigenthümer als unmündig oder wahnsinnig unter Vormundschaft steht und die Sache in die Gewalt des Vormundes zurückgelangt [474]), oder wenn sie mit Wissen des Vormundes in die Gewalt eines anderweiten Stellvertreters kommt [475]); 2) wenn die Sache zur Zeit der Entwendung sich in den Händen des Stellvertreters befunden hat und der Eigenthümer gar keine Kenntniß von der Entwendung hat, so ist es hinreichend, wenn die Sache an den Stellvertreter gelangt, ohne

---

471) L. 4. §. 6. D. 41. 3.

472) L. 15. §. 2. L. 59. D. 47. 2. In der ersten Stelle wird das Retentionsrecht einem Pfandrechte verglichen.

473) L. 41. D. 41. 3.

474) L. 56. §. 4. D. 47. 2.

475) L. 4. §. 11. D. 41. 3. Es beruht dies auf dem Satze: tutor domini loco habetur, welcher hier zur Anwendung gebracht wird. Bei einer von dem Vormunde selbst entwendeten Sache gilt natürlich dieser Satz nicht; denn eine solche würde sonst niemals eine res furtiva sein können, weil in der Entwendung stets zu gleicher Zeit eine reversio in potestatem domini läge. Darauf bezieht sich L. 7. §. 7. D. 41. 4. Vgl. auch L. 33. D. 47. 2. Zur Verallgemeinerung dessen, was bei dem Vormunde eines Unmündigen oder Wahnsinnigen gilt, fehlt es an einem genügenden Grunde, weil bei anderen unter Curatel stehenden Personen es an derjenigen geistigen Fähigkeit nicht gebricht, welche ihre Wissenschaft von der Rückkehr der res furtiva in die Gewalt des Curators von rechtlicher Bedeutung erscheinen läßt, während bei Unmündigen und Wahnsinnigen diese geistige Fähigkeit mangelt und darum allein auf die Wissenschaft ihres Vormundes Gewicht gelegt wird. Es muß deshalb nach römischem Rechte der unter einem Curator stehende Minderjährige Kenntniß davon haben, daß eine Sache in die

daß die Kenntniß des Eigenthümers erforderlich ist[476]). Diese Grundsätze gelten auch, wenn eine dem Herrn entwendete Sache an einen seiner Sclaven oder an ein in seiner väterlichen Gewalt befindliches Kind gelangt[477]). Auch findet keine Ausnahme bei demjenigen statt, was dem Sclaven oder filiusfamilias vom peculium profectitium entwendet worden ist und wieder in dessen Gewalt zurückgelangt; es wird dann angenommen, daß die Sache in des Herrn Gewalt zurückgekommen sei, ohne daß der Herr davon, daß die Sache an den Sclaven oder das Kind zurückgelangt sei, Kenntniß haben muß[478]). Auch in dem Falle, wenn

---

Gewalt des Curators zurückgelangt sei, wenn eine Tilgung des Mangels angenommen werden soll. Anders nach heutigem Rechte, wo die Vormundschaft über Minderjährige als eine bloße Fortsetzung der Vormundschaft über Unmündige behandelt wird, ohne weitere rechtliche Verschiedenheit; es wird also nach heutigem Rechte blos auf die Wissenschaft des Altersvormundes ankommen.

476) Dies ist natürlich und folgt aus derselben Ansicht, aus welcher in L. 4. §. 8. D. 41. 3. gesagt wird, daß, wenn ein Sclave eine Sache seines Herrn entwendet und nachher an ihren Ort wieder hinlegt, sie usucapionsfähig wird, weil sie in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt sei, vorausgesetzt, daß der Herr mit der Entwendung unbekannt war; denn wußte er dieselbe, so muß seine Wissenschaft von der Rückkehr der Sache in seine Gewalt hinzukommen. Dasselbe muß gelten, wenn der Vormund eine Sache entwendet, ohne daß der Bevormundete etwas davon weiß und sein Vergehen in der Stille wieder gutmacht. L. 7. §. 7. D. 41. 4. (vgl. Note 475) steht nicht entgegen. Denn wenn dort auch gesagt wird, daß die reversio in potestatem tutoris an sich nicht genüge, sondern eine reversio in potestatem pupilli erforderlich sei, so läßt sich letztere doch ganz unbedenklich annehmen, wenn der Vormund, um sein Vergehen wieder gut zu machen, die von ihm veräußerte Sache zurückkauft und sie dem Vermögen des Bevormundeten einverleibt.

477) L. 4. §. 9. D. 41. 3.

478) L. 4. §. 7. D. 41. 4. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, N. 241, S. 231 hat diese Stelle mißverstanden und gerade aus ihr bei Peculiarsachen die Nothwendigkeit der Wissenschaft des Herrn abgeleitet. Die allein richtige Erklärung dieser Stelle hat schon Cuiacius, comm. ad L. cit. und führt sie im comm. ad Pauli Lib. LIV. ad Edictum (Opp. edit. Neapol. T. V. p. 723.) weiter aus. In neuerer Zeit hat Sintenis, im Archiv für civil. Praxis Bd. XVIII, S. 299—307 die Cujacische Erklärung von neuem ausführlich vertheidigt und die Unterholzner's widerlegt. Die Stelle sagt nach der richtigen Erklärung Folgendes: Wenn eine Peculiarsache meinem Slaven, ohne daß ich es erfahren habe, gestohlen worden und er darauf, ebenfalls ohne daß ich es erfahren, wieder in deren Besitz gekommen ist, so wird der Makel der Entwendung getilgt, weil angenommen wird, sie sei in meine Gewalt zurückgekehrt. Paulus fügt hinzu: wenn der ganze Vorfall, d. h. sowohl der Verlust, als die Wiedererlangung, mit meinem Wissen geschehen sei, so sei sie auch in meine Gewalt zurückgekommen. Die Worte nec enim etc. sind nämlich so zu verstehen: nec enim sufficere, si eam rem, quam sciente me servus perdidit, me ignorante servus apprehendat. Denn wenn ich weiß, daß ein furtum geschehen ist, so kehrt die Sache nur in meine Gewalt zurück, wenn ich die Wiedererlangung kenne. Bedingung ist freilich, daß ich ferner will, daß sie zum Peculium gehören solle; entgegengesetzten Falles ist nöthig, daß ich den Besitz oder die Möglichkeit, denselben mir zu verschaffen, wiedererlangt habe. Unterholzner will zuvörderst im Anfange der Stelle die Interpunction hinter subrepta sit gesetzt wissen und ignorante me zu deinde ziehen. Allein dies ist unrichtig; es muß bei der gewöhnlichen Inter=

der Stellvertreter selbst die Sache veruntraute und nachher wieder in das alte Verhältniß zurückführte, kommt es rücksichtlich der Tilgung des Mangels der Furtivität darauf an, ob der Eigenthümer um jene Entfremdung wußte oder nicht; im ersten Falle muß er auch von der Zurückführung in das alte Verhältniß durch den Stellvertreter Kenntniß haben, im zweiten nicht[479]). — Die Rückkehr der Sache in die Gewalt einer Person erfolgt: 1) wenn diese den Besitz erlangt, was der gewöhnliche Fall ist und auch in den Gesetzen als solcher bezeichnet wird[480]). Nach Paulus wird eine Rückkehr in die Gewalt des Herrn bei einer res furtiva nur angenommen, cum potestatem eius nactus sit iuste, ut avelli non possit[481]). Es kann hierbei nicht an den Fall gedacht werden, wenn der Eigenthümer des Grundstückes den Besitzer gewaltsam aus dem Besitze gesetzt hat, von welchem Cassius sagt, daß hier eine Rückkehr in die Gewalt des Eigenthümers nicht angenommen werden könne, weil derselbe infolge des interdictum de vi den Besitz restituiren müsse[482]); denn dieses Interdict findet bei beweglichen Sachen keine Anwendung. Ebensowenig darf man das iuste possidere im Gegensatze mit dem clam possidere verstehen und an das interdictum de clandestina possessione denken, da zur Zeit des Paulus schwerlich an ein solches Interdict gedacht werden konnte und dasselbe nur bei Immobilien gegolten hat[483]). Dagegen läßt sich jene Stelle des Paulus wohl mit Rücksicht auf das interdictum utrubi und das interdictum de precario erklären. Denn zur Zeit des Paulus hatte das interdictum utrubi noch seine alte Gestalt und konnte daher auch zur Wiedererlangung des Besitzes einer abhanden gekommenen Sache gebraucht werden, wenn man sie nur den größeren Theil des letzten Jahres hindurch besessen hatte[484]). Ebenso kann man auch noch an den Fall denken, wo der Eigenthümer blos precario zum Besitze seiner Sache gelangt ist. Wenn nämlich der Eigenthümer das precarium wissentlich, also blos mit Rücksicht auf den fremden Besitz

---

punction bleiben und dies erhält auch durch die Basiliken (Lib. L. Tit. 3. cap. 7. th. 7.) Bestätigung, wo der Anfang der Stelle so wiedergegeben wird: *Ἐὰν ἀπὸ δούλου, μοῦ ἀγνοῶντος, κλαπῇ πεκουλιάριον* (*μοῦ* verbessert Reitz mit Recht statt *σοῦ*, wie Cod. Paris. 1357. hat). Wegen der ausführlicheren Widerlegung der Unterholzner'schen Erklärung ist auf Sintenis a. a. O. besonders S. 304 flg. zu verweisen.

479) L. 4. §. 10. D. 41. 3. Die Worte dieser Stelle: sive ignorante me, sive sciente ea gesta sint, müssen in Gemäßheit der L. 4. §. 7. 8. D. eod. so ausgelegt werden, daß, wenn der Deponent um das furtum wußte, er auch von der Reue des Depositars Kenntniß haben muß, während im umgekehrten Falle seine Nichtkenntniß dieser Reue unschädlich ist. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 232. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 317, Anm. B. Nr. 4, lit. a.

480) L. 10. 12. C. VI. 2. Theophil. Paraphr. ad §. 8. Inst. II. 6.

481) L. 4. §. 12. D. 41. 3.

482) L. 4. §. 26. D. 41. 3.

483) Savigny, Recht des Besitzes §. 41.

484) Gai. Inst. Comm. IV. §. 150. Paul. Sent. Lib. V. Tit. 6. §. 1.

eingeht, so ist es giltig[485]) und er kann dann mit dem interdictum de precario zur Rückgabe genöthigt werden; es ist dann natürlich, daß man annimmt, er habe seine Sache nicht wieder in seine Gewalt bekommen. Es läßt sich aber noch weiter gehen und behaupten, daß auch ein Eigenthümer, welcher die entwendete Sache gemiethet hat, die Sache nicht so, wie es sein muß, in seine Gewalt zurückbekommen habe; denn wußte er, daß die Sache sein sei und wollte er blos den Genuß derselben erlangen, so ist der Miethvertrag vollkommen wirksam und begründet den Anspruch auf Rückgabe. Auch für andere Fälle, wo ein persönliches Rückforderungsrecht begründet ist, ist dasselbe anzunehmen. 2) Der wirklichen Erlangung des Besitzes gilt es gleich, wenn die Sache infolge einer rechtlichen Verfügung des Eigenthümers in fremden Händen geblieben ist, z. B. wenn man die Sache in Anspruch genommen hat, sich aber mit dem Werthe derselben (litis aestimatio) hat abfinden lassen[486]), oder wenn man durch einen wirklichen Verkauf dem Entwender die entwendete Sache überlassen hat[487]), oder wenn man in die Uebergabe der Sache an einen Dritten gewilligt hat[488]), oder wenn das Vermögen des fur mit dem Vermögen desjenigen vereinigt worden ist, in dessen Gewalt die Sache zurückkehren muß, wenn der Mangel der Furtivität getilgt werden soll[489]). Auch dann wird der Mangel getilgt, wenn infolge eines von dem Willen des bisherigen Eigenthümers unabhängigen Erwerbsgrundes ein Uebergang des Eigenthumes erfolgt ist, z. B. wenn durch sogenannte Specification ein Eigenthum für den Besitzer begründet wird, wobei aber doch Unbekanntschaft des Specificanten mit der Furtivität der Sache vorausgesetzt wird[490]). Auch in dem Falle, wenn durch die Verbindung der res furtiva mit einer anderen zu einem untrennbaren Ganzen (sog. accessio) diese rechtliche Wirkung herbeigeführt worden ist, wird von Manchen Tilgung des Mangels der Furtivität behauptet[491]). So läßt Savigny[492]) die Usucapion eines entwendeten Rades durch einen nicht entwendeten Wagen zu, indem er bei Mobilien

---

485) Savigny a. a. O. §. 25, S. 349, 6. Ausg.

486) L. 4. §. 13. D. 41. 3. L. 84. D. 47. 2.

487) L. 32. pr. D. 41. 3. L. 84. D. 47. 2.

488) L. 4. §. 14. D. 41. 4.

489) L. 42. D. 41. 3. Hier wird der Fall erwähnt, wo der Verkäufer der entwendeten Sache Erbe des Eigenthümers derselben geworden ist.

490) Hat der Entwender selbst die Specification vorgenommen, so findet ein Erwerb des Eigenthums von seiner Seite nicht statt. Dies ergiebt sich aus L. 12. §. 3. D. 10. 4., wo von Paulus der Erwerb des Eigenthums durch Specification ganz unzweideutig von der Redlichkeit des Specificanten abhängig gemacht wird. Damit hängt zusammen, daß die entwendete Sache, wenn sie von dem Entwender selbst umgestaltet worden ist, fortwährend als res furtiva betrachtet wird. L. 4. § 20. D. 41. 3. Es steht deshalb auch die condictio furtiva und die actio furti dem Eigenthümer ungeachtet der Specification zu. L. 14. §. 3. D. 13. 1. L. 52. §. 14. D. 47. 2.

491) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 235 flg.

492) Savigny, Recht des Besitzes §. 22.

die Ansicht vertheidigt, daß bei diesen nur von einer Ersitzung der ganzen Sache und einer dadurch bewirkten mittelbaren Ersitzung der Theile die Rede sein könne, so daß sich daher auch Alles nur nach dem Ganzen richte. Dagegen bemerkt Sintenis[493]) mit Recht, das Verbot der Ersitzungsfähigkeit entwendeter Sachen sei so unbeschränkt und so ohne alle Ausnahme, daß jene Behauptung Savigny's zu dem auffallenden Resultate führe, daß der Dieb selbst die entwendete Sache ersitzen und so den Grund seines Besitzes verändern könne; auf diese Weise könne er auch den entwendeten Diamant ersitzen, der in nicht entwendetes Gold gefaßt sei. Ungeachtet der Einwendungen Pape's[494]) können wir uns der Ansicht, daß durch Verbindung einer res furtiva mit einer anderen Sache, zu welcher sich erstere als Nebensache verhält, der Mangel der Furtivität gehoben werde, umsoweniger anschließen, als nach dem in der Note 490 Bemerkten sogar für die umgestalteten entwendeten Sachen sowohl die actio furti, als die condictio furtiva zulässig ist und selbst die Umgestaltung (Specification) nicht den Besitzmangel in Betreff der Eigenschaft der Sache als einer entwendeten aufhebt[495]). Fällt eine Sache in Feindes Hand, so ändert sie eigentlich auch ihre rechtliche Natur und verliert daher den Charakter der Furtivität; mit der Wiedererneuerung des vorigen Eigenthumes lebt aber auch dieser Charakter wieder auf[496]). 3) Als Rückkehr in die Gewalt wird es auch angesehen, wenn dem Eigenthümer es möglich war, die entwendete Sache zu vindiciren (si eius vindicandae potestatem habuerit)[497]). In allen diesen Fällen kommt es noch insbesondre darauf an, daß derjenige, in dessen Gewalt die Sache zurückgekommen ist, das Bewußtsein hat, daß dieses die ihm eigenthümlich gehörige oder ihm entwendete Sache sei[498]). Wird also dem Eigenthümer die ihm entfremdete Sache verpfändet, ohne daß er sie erkennt, so ist das Hinderniß der Ersitzung nicht gehoben[499]). Dies gilt sogar, wenn der Eigenthümer die ihm

493) Sintenis, im Archiv f. civil. Praxis Bd. XX, S. 109 flg.

494) Pape, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. IV, S. 235.

495) Sintenis a. a. O. S. 110.

496) L. 27. D. 49. 15.

497) L. 215. D. 50. 16. In den Heidelb. Jahrb. Jahrg. 1817 Nr. 237, S. 381 wird Bezug genommen auf L. 15. D. 50. 17. und L. 17. pr. D. 41. 2. In der ersten Stelle wird gesagt: Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur; in der zweiten Stelle wird gesagt, der gewaltsam seines Besitzes Entsetzte sei gewissermaßen als Besitzer zu betrachten, weil er das interdictum de vi zur Wiedererlangung des Besitzes habe. Die zweite Stelle paßt allerdings nicht hierher, weil das interdictum de vi nur bei Immobilien zustand. Warum aber Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 237 lediglich auf die potestas rei vindicandae in L. 215. D. 50. 16. Gewicht legt und es nicht als Rückkehr in den Besitz des Eigenthümers ansehen will, wenn dieser eine andere Klage als die Vindication zur Erlangung des Besitzes der entwendeten Sache hat und diese nicht anstellt, obgleich er sie anstellen konnte, ist nicht wohl einzusehen.

498) L. 86. D. 47. 2.

499) L. 7. §. 7. D. 41. 4.

entwendete Sache gekauft hat[500]), natürlich also auch, wenn dieselbe durch Tausch, Schenkung u. s. w. in seine Hände zurückgelangt ist. — Aus den bisher erörterten Grundsätzen über die Tilgung des Mangels der Furtivität erklärt es sich, warum bei einer durch den Verpfänder einer Sache begangenen Entwendung ein Hinderniß der Ersitzung in einigen Stellen behauptet, in anderen geleugnet wird. Durch eine solche Entwendung wird ein furtum possessionis begangen; die Sache erhält also dadurch den Charakter einer res furtiva; wenn jedoch derjenige, welcher ein solches furtum begeht, selbst Eigenthümer der Sache ist (was regelmäßig der Fall sein wird, da öfter eigene Sachen verpfändet werden, als fremde), so liegt in der Entwendung zugleich eine Rückkehr in die Gewalt des Eigenthümers; und da infolge derselben der der res furtiva anklebende Mangel sofort wieder getilgt werden würde, so begründet hier die Entwendung kein Hinderniß der Ersitzung. Dasselbe muß auch gelten, wenn der Eigenthümer einer Sache sie dem bonae fidei possessor, Usufructuar u. s. w. entwendet[501]).

500) L. 4. §. 12. D. 41. 3.

501) L. 20. §. 1. D. 47. 2. L. 4. §. 21. D. 41. 3. L. 5. D. 41. 4. Mit diesen Stellen scheinen L. 49. D. 41. 3. von Paulus, von welchem auch die beiden ersten Stellen herrühren, und L. 6. C. VII. 26. (ein Rescript des Kaisers Philippus) in Widerspruch zu stehen, indem sie gerade umgekehrt ein Hinderniß der Ersitzung annehmen. In der ersten Stelle spricht Paulus davon, daß die Rückkehr der vom Verpfänder entwendeten Sache in die Gewalt des Pfandgläubigers den Mangel der Furtivität tilge und die Usucapion möglich mache. Der Jurist beabsichtigte hier blos zu zeigen, daß zur Tilgung des Mangels nicht durchaus eine Rückkehr in die Gewalt des Eigenthümers nothwendig sei; es ist also nicht unnatürlich, vorauszusetzen, daß er an den Fall der Verpfändung einer fremden Sache dachte, welche der Verpfänder entwendet. Unter dieser Voraussetzung war die Rückkehr in die Gewalt des Pfandgläubigers allerdings genügend. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 239. In der zweiten Stelle wird geradezu ausgesprochen, eine verpfändete, vom Schuldner nachher veräußerte Sache könne als quasi furtiva nicht usucapirt werden. Ueber die Erklärung dieser Stelle giebt es verschiedene Ansichten. Vgl. darüber Unterholzner a. a. O. S. 240—242. Cuiacius, comm. ad L. 6. cit. sucht den Grund, warum hier die Sache nicht res furtiva wird, darin, daß man nicht sagen könne, die Sache sei nach der Entwendung in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekommen, wenn, wie hier der Fall sei, der verpfändende Eigenthümer die Sache in seinem Besitze behalten und nachher durch deren Veräußerung ein furtum begangen hat. Diesem steht entgegen, daß man sich die Entwendung und die Tilgung dieses Mangels sehr wohl als in Einen Punkt zusammenfallend denken kann, insofern nämlich die Veräußerung zugleich die Entwendung ist und doch auch wieder als eine Aeußerung der Gewalt des Eigenthümers erscheint. Donellus, comm. iur. civ. V. 28. §. 10., welchem die Heidelberger Jahrbücher (Jahrg. 1817 Nr. 37, S. 583) im wesentlichen folgen, legt viel Gewicht darauf, ob der Schuldner die Sache dem Gläubiger nur entwendet habe, was der Fall der L. 49. D. 41. 3. sei, oder ob er sie veräußert und dem Käufer zugleich übergeben habe, welches beides in L. 4. §. 21. D. 41. 3. und L. 5. D. 41. 4. der Fall sei. Im ersten Falle, wenn der Schuldner die entwendete Sache noch im Besitze habe, sei die Sache in seine Gewalt nicht zurückgekehrt, weil ihm der Besitz entzogen werden könne. Im zweiten Falle sei die Sache in die Gewalt des Eigenthümers zurückgelangt und könne daher auch usucapirt werden, weil ihm der Besitz nicht mehr entzogen werden könne, da er den=

7) Ausschließung der Verjährung bei gewaltsam in Besitz genommenen oder erpreßten Sachen. Der Raub beweglicher Sachen enthielt stets zugleich ein furtum. Deshalb war daraus die actio furti nec manifesti auf das duplum begründet[502]). Infolge der Bürgerkriege gab der Prätor eine actio vi bonorum raptorum auf das quadruplum[503]). Aus denselben Gründen, aus welchen res furtivae der usucapio und longi temporis praescriptio entzogen waren, war dies auch bei geraubten Sachen der Fall. Bei unbeweglichen Sachen wirken dieselben Gründe nicht, weil an ihnen kein furtum begangen werden kann. Bei ihnen wurde die usucapio erst durch die lex Iulia und Plautia ausgeschlossen[504]). Das Verbot der usucapio mußte

selben auf einen Anderen übertragen habe. In der L. 6. C. VII. 26. sei der Fall der, daß der Schuldner von dem Schuldner zwar veräußert, aber nicht entwendet, sondern daß die Entwendung von einem Anderen oder von demjenigen, welchem er verkauft hat, ausgegangen sei. Dies gehe aus den Worten palam est etc. hervor. Denn wenn der Schuldner die Sache entwendet und veräußert hätte, so würde, obgleich die Ansicht der alten Juristen, daß diese Sache usucapionsfähig sei, vielleicht falsch sei, doch im Rescripte nicht mit Recht gesagt werden, es sei offenbar (palam esse), daß diese Ansicht unrichtig sei, da im Gegentheile am Tage liege, daß sie von Vielen gebilligt worden sei. Und mit Recht werde eine vom Schuldner nicht entwendete, obgleich von ihm veräußerte Sache, als res furtiva für usucapionsunfähig erklärt, weil sie auf diese Weise nicht in die Gewalt des Schuldners zurückgekehrt sei. Nicht entgegenstehe, daß, wenn die Sache bei einem Anderen sich befindet und der Eigenthümer wegen der Tradition an diesen verweist, man einverstanden sei, daß die Sache in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt sei und so den Mangel der Entwendung verliere (L. 32. pr. D. 41. 3.); denn dies gelte von demjenigen Eigenthümer, welchem die Sache, wenn sie ihm restituirt wäre, nicht entzogen werden kann (L. 4. §. 12. 26. D. 41. 3.). Dies lasse sich aber bei dem Schuldner nicht sagen, welchem seine Sache, wenn sie ihm restituirt worden wäre, mittelst der hypothekarischen Klage entzogen werden könnte. Diese Erklärung Donellus' stützt sich hauptsächlich auf die Voraussetzung, daß eine vollständige Rückkehr in die Gewalt nicht angenommen werde, so lange Klagen aus dem furtum möglich sind. Die Erklärung der L. 6. C. VII. 26. ist am wenigsten zu billigen; denn am einfachsten ist die Voraussetzung, daß dem Kaiser der Fall vor Augen lag, wo das furtum gerade durch die Veräußerung der Sache von Seiten des Verpfänders hinter dem Rücken des Pfandgläubigers begangen worden war. Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 262, N. 16 glaubt, Paulus habe in der L. 49. D. 41. 3. wahrscheinlich einen Fall vor Augen gehabt, wo durch contracta fiducia Eigenthum auf den Pfandgläubiger übertragen worden war. Am richtigsten ist die Erklärung der L. 6. C. VII. 26. von Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 240, welcher auch Vangerow a. a. O. beitritt, daß diese Stelle, wie auch schon die Glosse annimmt, auf den Fall gehe, wo der veräußernde Verpfänder eine fremde Sache veräußert hat.

502) Gai. Inst. Comm. III. §. 209. pr. Inst. IV. 2. L. 1. D. 47. 8.

503) Vergl. die in der vorigen Note angeführten Stellen und außerdem Cicero, pro Tullio cap. 5. S. Savigny, in der Zeitschr. für gesch. RW. Bd. V, S. 123 flg. Huschke, Analecta II.

504) Gai. Inst. Comm. II. §. 45. §. 2. Inst. II. 6. L. 33. §. 2. D. 41. 3. Wegen des Alters beider Volksschlüsse und deren Verhältniß zu einander vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 243. Rein, röm. Criminalrecht S. 738 flg., 741 flg.

natürlich auch das der longi temporis praescriptio zur Folge haben. Die praescriptio XXX vel XL annorum ist aber nicht ausgeschlossen. Das Verbot bezog sich auf res vi possessae. Dazu genügte aber nicht die gewaltsame Verdrängung aus dem Besitze (deiectio), sondern es mußte infolge dieser Gewaltthätigkeit auch eine widerrechtliche Besitzergreifung erfolgt sein[505]). Da der gewaltsamen Besitzentsetzung es gleichgeachtet wird, wenn der Besitzer, ohne die gegen ihn beabsichtigte Gewaltthätigkeit, vorausgesetzt, daß er Grund hatte, eine solche zu fürchten, abzuwarten, entweicht[506]), so entsteht in einem solchen Falle auch ein Hinderniß der Ersitzung, vorausgesetzt, daß es nicht blos bei der Dejection geblieben, sondern auch von dem Dejicienten wirklich Besitz ergriffen worden ist. Es gilt ebenfalls als Dejection, wenn man sich in ein fremdes Grundstück einschleicht und dem bisherigen Besitzer den Eintritt in dasselbe und die Rückkehr zu demselben verwehrt[507]); eine natürliche Folge davon ist die Ausschließung der Ersitzung. Kann freilich der fremde Besitz nicht mehr als fortdauernd angesehen werden, so kann auch von keinem Einschleichen die Rede sein und der so ergriffene Besitz wird auch durch dessen spätere Behauptung mit Gewalt keine violenta possessio[508]). Gleichgiltig ist es, ob die Gewaltthätigkeit gegen den Eigenthümer selbst oder gegen einen redlichen Besitzer oder sogar gegen einen unredlichen Besitzer verübt worden ist; die gewaltsam in Besitz genommene Sache ist in allen Fällen der Ersitzung entzogen[509]). — Der durch die gewaltthätige Besitzergreifung einer Sache entstandene Mangel wird auf ähnliche Weise getilgt, wie bei den res furtivae: also durch Rückkehr der Sache in die Gewalt des zu der Sache Berechtig-

---

505) L. 4. §. 22. D. 41. 3. Vgl. L. 33. §. 2. D. eod. Ist derjenige, welcher die Gewaltthätigkeit begeht, in dem Glauben, daß er seine eigene Sache in Besitz nehme, so scheint kein Hinderniß der Ersitzung einzutreten, wie sich durch das argumentum a contrario aus L. 4. §. 25. D. 41. 3. ergiebt.

506) L. 33. §. 2. D. 41. 3. Cicero, pro Caecina cap. 16. Daß die Gewaltthätigkeit beabsichtigt sein muß, ergiebt sich aus L. 3. §. 6. D. 43. 16. Zur violenta deiectio gehört an sich nicht eine Besitzergreifung von Seiten des Dejicienten, sondern diese wird nur zum Begriffe einer res vi possessa verlangt. Zwar drücken sich L. 1. §. 29. L. 3. §. 7. D. 43. 16. so aus, als ob man nicht einmal von einer Dejection sprechen könne, wenn nicht eine Besitzergreifung erfolgt ist; es ist dies aber nur deshalb so gesagt, weil die Absicht der gewaltsamen Verdrängung zweifelhaft zu sein pflegt, wenn eine Besitzergreifung nicht erfolgt ist, während im umgekehrten Falle die Folge auf die Absicht schließen läßt. L. 9. pr. D. 4. 2. enthält wahrscheinlich einen Fall, wo der Besitzer voreiliger Weise auf das bloße Gerücht einer drohenden Gewalt hin den Besitz aufgegeben hat, während zu jener Zeit das Gerücht ungegründet war.

507) L. 6. §. 1. L. 7. D. 41. 2.

508) L. 4. §. 28. D. 41. 3. Vergl. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 245 flg., welcher weitere Bemerkungen hieran darüber knüpft, inwiefern durch die Abwesenheit des Besitzers von dem besessenen Grundstücke der Besitz als erledigt (vacua possessio) anzusehen sei oder nicht. Das Nähere darüber gehört in die Besitzlehre. Vgl. den Art. Besitz Bd. II, S. 64, 65.

509) L. 4. §. 23. 24. D. 41. 3.

ten[510]). In der Regel ist dieses der Eigenthümer, unter gewissen Umständen aber auch der bonae fidei possessor und jeder Besitzer überhaupt sowie der Pfandgläubiger. Zu dieser Annahme liegt noch ein besonderer Grund in einer Stelle von Ulpian[511]), welche nur unter dieser Voraussetzung sich natürlich erklären läßt. Aus den letzten Worten dieser Stelle ergiebt sich, daß durch einen mit dem gewaltsam Vertriebenen abgeschlossenen Kauf der Flecken getilgt und die Möglichkeit der Ersitzung begründet wird, indem darin eine Rückkehr in die Gewalt liegt. Wäre der Vertriebene selbst Eigenthümer gewesen, so müßte der Kauf den gewaltthätigen Besitzer sofort zum Eigenthümer machen und es wäre eine Ersitzung unnöthig. Hiernach muß also die Rückkehr in die Gewalt des Vertriebenen für hinreichend erachtet werden, wenn er auch nicht der Eigenthümer ist. Auch die eigentliche Bedeutung des in potestatem reverti ist nach dem bei den res furtivae geltenden Rechte zu beurtheilen. Hiernach ist 1) die Rückkehr in den Besitz ohne Zweifel eine Rückkehr in die Gewalt; jedoch wird derjenige, welcher den Besitz so erlangt hat, daß er durch das interdictum de vi zu dessen Restitution genöthigt werden kann, gar nicht so betrachtet, als habe er den Besitz wieder erlangt[512]). 2) In den Fällen, wo eine Sache, welche nicht in den Besitz zurückgekommen ist, aus rechtlichen Gründen so zu beurtheilen ist, als habe man den Besitz wirklich erlangt, ist ebenfalls unzweifelhaft eine Rückkehr in die Gewalt anzunehmen (vergl. oben unter 6.). 3) Ebenso ist der Mangel getilgt, wenn die Möglichkeit wiederhergestellt ist, den Besitz der gewaltsam entrissenen Sache durch Klage wieder zu erlangen, wie dies nach dem früher Bemerkten bei den entwendeten Sachen der Fall ist. — Mit dem bei den gewaltsam in Besitz genommenen Sachen begründeten Ersitzungshinderniß läßt sich das aus der lex Iulia repetundarum herrührende in Verbindung bringen. Dieses Gesetz erklärt jedes Rechtsgeschäft, welches eine Schenkung an den Statthalter einer Provinz enthält, für ungiltig und macht dadurch die Verhüllung von Erpressungen unter der Gestalt freiwilliger Gaben unmöglich; verbietet auch die Usucapion der auf solche Weise geschenkten Sachen bis zur erfolgten Rückkehr in die Gewalt[513]). Die Rückkehr in die Gewalt des dominus ist gerade wie bei den entwendeten Sachen und in demselben Sinne erforderlich; es ist aber hierbei nicht ausschließlich an den wirklichen Eigenthümer zu denken. Wenn auch in der in der Note angeführten Stelle Rückkehr in die Gewalt desjenigen a quo profecta res sit heredisve eius verlangt wird, so darf doch schwerlich diese Bestimmung anders ausgelegt werden, als die Vorschrift der lex

510) §. 8. Inst. II. 6. L. 33. §. 2. D. 41. 3. L. 86. D. 47. 2. L. 5. C. VII. 26. L. 6. D. 47. 8.

511) L. 6. §. 3. D. 43. 26. Vgl. über deren Erklärung Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 249 flg.

512) L. 4. §. 26. D. 41. 3.

513) L. 8. pr. §. 1. D. 48. 11.

Atinia, wenn diese Rückkehr der Sache in die Gewalt desjenigen, cui res subrepta est, forderte[514]).

8) Ausschließung der Verjährung bei widerrechtlich veräußerten Sachen. Nach Art des bei den res furtivae geltenden Rechtes sind auch noch diejenigen Fälle zu beurtheilen, wo zufolge den Bestimmungen Justinian's die Ersitzung wegen einer widerrechtlichen Veräußerung untersagt wird, gleichviel ob in denselben ein eigentliches furtum liegt oder nicht. Bei Immobilien nämlich nahm man kein furtum an; eine widerrechtlich veräußerte unbewegliche Sache war usucapionsfähig[515]). Zu diesen Fällen gehört 1) die in einer Verordnung vom J. 531 von Justinian ausgesprochene Beschränkung der Ersitzung bei vermachten Sachen, welche der Onerirte veräußert hat; eine Beschränkung, welche sowohl bei unbedingten als bei bedingten Vermächtnissen, bei welchen letzteren die Bedingung zur Zeit der Veräußerung noch nicht erfüllt ist und erst später eintritt, stattfindet[516]). Daß eine wissentliche Veräußerung von Seiten des Onerirten vorausgesetzt wird, beweist die Art des Ausdruckes in der Verordnung, besonders aber die Erwähnung der Gewinnsucht (avaritiae cupidine). In dieser Beziehung ist nun bei beweglichen Sachen diese Vorschrift nichts neues, indem widerrechtliche Veräußerung solcher Sachen nach römischen Ansichten ein furtum begründet[517]). Anders verhält es sich bei den unbeweglichen Sachen, an welchen ein furtum auf diese Weise nicht begangen werden kann, welche aber dennoch durch diese Verordnung von der Ersitzung ausgenommen sind. 2) Jede von einem malae fidei possessor ohne Wissen des Beeinträchtigten vorgenommene Veräußerung entzieht nach einer Novelle den veräußerten Gegenstand der Verjährung von 10 oder 20 Jahren[518]). Die Erwähnung der Verjährung von 10 oder 20 Jahren ist hinlänglicher Beweis dafür, daß nur Immobilien in der Verordnung gemeint sind; denn für Mobilien bedurfte es einer solchen Vorschrift nicht, da das in der widerrechtlichen Veräußerung liegende furtum die Ersitzung ohnehin hinderte. Dagegen ist in der Novelle die 30jährige Ersitzung bei solchen Gegenständen ausdrücklich für wirksam erklärt. Schwierig ist die Feststellung der Grundsätze, nach welchen das Ende des Verjährungshindernisses zu beurtheilen ist. Nach der gewöhnlichen Ansicht soll das Hinderniß aufhören, sobald die veräußerte Sache aus den Händen des redlichen Erwerbers an einen neuen redlichen Erwerber übergeht, weil der am Schlusse der Novellenstelle angeführte Grund: ὁπότε παρὰ τοῦ κακῇ πίστει νεμηθέντος

514) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 251. A. M. ist Donellus, comm. iur. civ. V. 28. §. 4.

515) L. 7. §. 6. D. 41. 4. L. 4. C. III. 32.

516) L. 3. §. 3. C. VI. 43.

517) L. 1. 7. C. VII. 26. L. 2. C. VII. 27.

518) Nov. 119. cap. 7. Ueber das frühere, durch diese Bestimmung abgeänderte Recht vgl. L. 37. §. 1. L. 38. D. 41. 3.

ταῦτα ἐκομίσατο, jetzt, wo der redliche Besitz nicht unmittelbar von dem unredlichen Besitzer herrührt, nicht mehr passend sei. Allein richtiger muß man hier mit Unterholzner[519]) an die bei den entwendeten und gewaltsam in Besitz genommenen Sachen geltenden Grundsätze anknüpfen, so daß alles auf die Rückkehr in die Gewalt des Eigenthümers oder des Verletzten ankommt. Da nun die bloße Möglichkeit, die Ansprüche geltend zu machen, nach dem früher Bemerkten als eine Rückkehr in die Gewalt anzusehen ist, und diese Möglichkeit mit dem Zeitpunkte der erhaltenen Kenntniß von der widerrechtlichen Veräußerung bei unbeweglichen Sachen gewöhnlich eintritt, so ist folgeweise die Ersitzungsfähigkeit der Sache in der Regel wieder hergestellt, sobald der Eigenthümer die widerrechtliche Veräußerung erfährt.

9) Ausschließung der Verjährung bei Dotalsachen. Schon die lex Iulia de adulteriis verbot die Veräußerung der Dotalgrundstücke durch den Ehemann, obgleich dieser sonst als Eigenthümer der dos galt[520]). Ausdrücklich scheint die Usucapion durch die lex Iulia nicht ausgeschlossen gewesen zu sein; die Ausschließung derselben war aber nach dem früher Bemerkten eine Folge des Grundsatzes, daß jedes Veräußerungsverbot zugleich ein Ersitzungsverbot enthalte. Auf die Ausschließung der Ersitzung beziehen sich mehrere Digestenstellen[521]). Die Beschränkung der Ersitzung findet in demselben Umfange statt, in welchem das Veräußerungsverbot besteht. Insofern sich also vor Justinian das Veräußerungsverbot blos auf italische Grundstücke bezog[522]), was jedoch zur Zeit des Gajus noch nicht feststand[523]), galt dasselbe auch hinsichtlich der Beschränkung der Ersitzung. Bei ästimirt überlassenen Grundstücken findet diese Beschränkung nicht statt[524]). Dagegen kommt darauf nichts an, ob das Grundstück ein praedium urbanum oder rusticum ist[525]), und ebensowenig darauf, ob die dos von der Ehefrau selbst oder einem Dritten herrührt[526]). Ist das Grundstück, welches zur dos gegeben wird, zu dieser Zeit schon in den Händen eines Dritten und hat eine Ersitzung bereits angefangen, so wird der Lauf derselben nicht unterbrochen[527]); sobald aber der Ehemann das ihm übertragene Recht geltend gemacht und die Sache dem dritten Besitzer entzogen hat, tritt das Recht des fundus dotalis ein. Ueber die Frage, wie lange das Hinderniß

---

519) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 255.

520) Gai. Inst. Comm. II. §. 63. Vgl. L. 1. D. 23. 5. mit Paul. Sent. Lib. II. Tit. 21. §. 2. S. den Art. Brautgabe Bd. II, S. 424 flg.

521) L. 5. 6. 16. D. 43. 5. Gans, Scholien zu Gajus, S. 253, will diese Stelle von einem Verlierenwollen verstanden wissen und hält sie gar nicht für hierher gehörig. S. dagegen Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 258 flg.

522) L. un. §. 15. C. V. 13.

523) Gai. Inst. Comm. II. §. 63.

524) L. 11. D. 23. 5. L. 5. 10. C. V. 12.

525) L. 13. pr. D. 23. 5.

526) L. 14. §. 1. D. 23. 5.

527) L. 16. D. 23. 5.

der Ersitzung dauern soll, ist in den Quellen nichts Bestimmtes gesagt. Fällt nach Trennung der Ehe die dos dem Manne zu, so werden alle von ihm vorgenommenen Veräußerungen giltig [528]); folglich ist auch die Ersitzung nicht weiter gehindert. — Im Justinianeischen Rechte ist das Veräußerungsverbot bei den Dotalgrundstücken erweitert; denn einmal ist es auch auf Provinzialgrundstücke ausgedehnt, und sodann ist das Veräußerungsrecht insofern noch mehr beschränkt, als die Einwilligung der Ehefrau hierbei einflußlos ist [529]). Folgeweise ist ein selbst mit Einwilligung der Ehefrau veräußertes Grundstück der Ersitzung entzogen. Schon vor der L. un. C. V. 13., welche vom J. 530 ist, hatte Justinian in einer anderen Constitution vom J. 529 bestimmt [530]), daß alle Verjährungsarten, namentlich nicht blos die usucapio und die Verjährung von 10 oder 20 Jahren, sondern auch die von 30 oder 40 Jahren bei Dotalsachen nicht stattfinden sollten. Diese Verordnung schließt ausdrücklich die Verjährung nicht blos bei den unbeweglichen, sondern auch bei den beweglichen Sachen aus, selbst bei denjenigen, welche taxirt zur Mitgift gegeben worden sind. Bei beweglichen Dotalsachen kann dieses Hinderniß der Verjährung nicht eintreten, wenn die Ehefrau selbst in die Veräußerung gewilligt hat; denn die Bestimmung, daß die Einwilligung der Frau ohne Einfluß auf die Giltigkeit der Veräußerung sein soll, rührt erst aus der späteren L. un. C. V. 13. her und beschränkt sich blos auf Grundstücke. Nach letzterer Verordnung freilich muß bei Grundstücken, auch ungeachtet der von der Ehefrau in die Veräußerung ertheilten Einwilligung, die Verjährung für unstatthaft erachtet werden. Die Beschränkung dauert nur so lange, als dem Manne die Verfügung über die dos zusteht und kommt nach der erwähnten Constitution von 529 in Wegfall, sobald das Recht der Frau zur Zurückforderung der dos eintritt. Dieses Zurückforderungsrecht war vor Justinian ein blos persönliches mittelst der actio rei uxoriae oder actio ex stipulatu, so daß ein dingliches Recht für die Ehefrau erst durch die wirkliche Restitution der dos entstand. Erst die erwähnte Verordnung von 529 (L. 30. C. V. 12.) bekleidet das Rückforderungsrecht der Ehefrau wegen der dos mit einer dinglichen Natur; denn das allgemeine, den Ehefrauen wegen ihrer dos zustehende Pfandrecht ist erst im J. 530 eingeführt (L. un. §. 1. C. V. 13.). Justinian hält das während der Ehe dem Manne an der dos zustehende Eigenthum mehr in der legum subtilitas, als in der That begründet (non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur

528) L. 17. D. 23. 5.

529) L. un. §. 15. C. V. 13.

530) L. 30. C. V. 22. Ueber die verschiedenen Ansichten wegen des Verjährungshindernisses siehe Unterholzner a. a. O. Bd. 1, §. 79, 80, S. 261—266. Löhr, im Archiv für civil. Praxis Bd. X, S. 79 flg. Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 183 flg. Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 262, N. 13, §. 267, N. 4.

fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est). Deshalb sei es nicht unnatürlich, wenn man bei eintretendem Zurückforderungsrechte der Ehefrau annehme, es sei das ihr bisher durch die legum subtilitas versagte Eigenthum nunmehr auf sie übergegangen; am wenigsten habe aber die Annahme gegen sich, daß die zur dos gehörige Sache der Frau wegen ihres Rückforderungsrechtes als Pfand hafte. In beiden Fällen sei dann ein dinglicher Anspruch begründet, im ersten Falle die Eigenthumsklage, im zweiten die hypothekarische Klage. Nach Justinian's Verordnung (L. 30. C. V. 12.) hat nun die Ehefrau die Wahl, ob sie sich Eigenthum beilegen und demnach eine Eigenthumsklage anstellen, oder ob sie ein Pfandrecht in Anspruch nehmen will; es läßt sich dann annehmen, daß sie, wenn sie ein Pfandrecht in Anspruch nimmt, des Eigenthumes, welches sie hätte geltend machen können, sich begiebt. Infolge dessen, daß im Eingange dieser Verordnung weder zwischen beweglichen noch unbeweglichen Dotalsachen, noch auch zwischen dos aestimata und non aestimata unterschieden wird, muß die vorhin erwähnte Wahl ohne allen Unterschied für zulässig erachtet werden. So widersprechend dieses Wahlrecht bei der dos aestimata erscheint und so unleugbar es ist, daß Justinian hier nur allein eine hypothekarische Klage hätte zulassen sollen, so ist doch dies einmal nicht geschehen und es ist auch die Zulassung eines Eigenthumsanspruches selbst bei ästimirten Dotalsachen möglich, nur ist ihm keine unbedingte Wirksamkeit beizulegen. Da nämlich der Ehemann bei einer ihm zugebrachten dos aestimata Käufer ist und blos die Taxe, nicht aber die Sache selbst herauszugeben braucht, so gestaltet sich infolge des der Ehefrau auch bei ästimirten Dotalsachen zustehenden Wahlrechtes, ob sie solche als Eigenthum in Anspruch nehmen oder blos ein Pfandrecht geltend machen will, die Sache so, daß sie auch die ästimirten Dotalsachen vindiciren darf, ihre Vindication aber durch Bezahlung der Taxe von Seiten des Ehemannes oder seiner Gläubiger bei entstandenem Concurse beseitigt werden kann, also bestehen bleibt und den Erfolg hat, daß die Sache herausgegeben werden muß, wenn die Taxe nicht bezahlt wird. — Fragen wir, welchen Einfluß die fragliche Constitution Justinian's (L. 30. C. V. 12.) auf die Klagenverjährung habe, so müssen wir auch diese unter dieser Verordnung für begriffen erachten. Justinian drückt sich ganz allgemein aus: Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore maiore vel minore sit introducta: ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possunt actiones movere etc. Hiernach soll jede temporalis exceptio, ohne Unterschied des kürzeren oder längeren Zeitablaufes, der Ehefrau rücksichtlich der dos erst von der Zeit an, wo sie auf Zurückgabe der dos klagen kann, entgegengesetzt werden können. Indem omnis temporalis exceptio, einschließlich der praescriptio XXX vel XL annorum genannt wird, ist auch die Klagenverjährung, nicht blos die ordentliche oder

außerordentliche Ersitzung hier ohne Zweifel mit verstanden. Die Klagenverjährung hier mit zu begreifen lag auch sehr nahe und es war hinreichender Grund dazu vorhanden. Denn die Ehefrau konnte während der Ehe nicht klagen, nur der Ehemann; es konnte ihr also auch dessen Nachlässigkeit in Anstellung der Klagen, welche ihm als Inhaber der dos zustanden, nicht zum Nachtheil gereichen. — Wenden wir diese bisher entwickelten Grundsätze auf unsere teutschrechtlichen ehelichen Güterverhältnisse an, so glauben wir uns zu der Behauptung berechtigt, daß sowohl da, wo eheliche Gütergemeinschaft, sei es allgemeine oder blos Gemeinschaft der Errungenschaft, als auch da, wo die eheliche Vormundschaft verbunden mit dem ehemännlichen Nießbrauche und Verwaltungsrechte am eingebrachten Vermögen der Ehefrau gilt, jede Verjährung während bestehender Ehe gegen die Ehefrau ruht. Denn die Ehefrau befindet sich während der Ehe hinsichtlich ihres Vermögens in vollständiger Abhängigkeit von ihrem Ehemanne und kann ohne Zustimmung desselben nicht klagen. Gleichwie Unmündige und nach der von uns aufgestellten Ansicht auch heutzutage Minderjährige, welche die Jahre der Pubertät überschritten haben, so lange sie unter Altersvormundschaft stehen, gegen die Verjährung geschützt sind, muß gleicher Schutz aus gleichem Grunde auch den Ehefrauen zu Theil werden[531]).

C) Erfordernisse der Verjährung. AA) Ganz allgemeine Erfordernisse. 1) Zeitablauf. a) Verschiedene Dauer der Verjährung. Die Mannigfaltigkeit der Verjährungszeit spricht sich zum Theil schon in der Benennung aus, z. B. bei der praescriptio XXX vel XL annorum. Besondere Erörterung in Bezug auf die Verjährungszeit verdienen die usucapio, die Verjährung durch longum tempus und die teutsche Verjährung von Jahr und Tag. Die Dauer der usucapio ist ursprünglich auf 1 Jahr für bewegliche, auf 2 Jahre für unbewegliche Sachen bestimmt[532]). In den 12 Tafeln scheinen die 2 Jahre ursprünglich nur für fundi bestimmt gewesen zu sein; man hat aber dieselben auch auf aedes bezogen[533]). Eine Ei-

---

531) Vgl. die weitere Ausführung darüber in Bezug auf das sächsische eheliche Güterrecht bei Heimbach, Erörterungen Bd. 1, Nr. IV, S. 24—28.

532) Gai. Inst. Comm. II. §. 42. 54. Ulpian. Fragm. Tit. XIX. §. 8. Pr. Inst. II. 6.

533) Cicero, Top. cap. 4. Orat. pro Caecina cap. 19. Aus diesen Stellen geht bestimmt hervor, daß nur fundi, nicht aedes in den 12 Tafeln genannt waren. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 269 flg. leugnet nun zwar, daß erst später die zwei Jahre auch auf die aedes bezogen worden seien und erklärt die Stellen des Cicero so, daß nach den Grundsätzen einer verständigen Gesetzauslegung Gebäude gleich anfangs den Grundstücken gleichgestellt hätten werden müssen und gleichgestellt worden seien. Allein Cicero spricht nur davon, daß allerdings zu seiner Zeit eine solche Gleichstellung Rechtens gewesen sei: at utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur. Davon aber, daß dies gleich anfangs der Fall gewesen sei, sagt er nichts und die ursprüngliche Beschränkung der zwei Jahre auf fundi, von welchen in den 12 Tafeln allein die Rede war,

genthümlichkeit der pro herede usucapio war, daß bei ihr nicht blos die beweglichen, sondern auch die unbeweglichen Sachen einer einjährigen Usucapion unterlagen[534]), wovon als Grund angegeben wird, weil man anfangs angenommen habe, es werde bei einer solchen pro herede usucapio die Erbschaft als ein Ganzes erworben; da nun die zwei Jahre blos für Immobilien bestimmt waren, zu welchen die Erbschaft als ein Ganzes nicht gerechnet werden konnte, so ließ man die Ersitzungszeit eintreten, welche in den 12 Tafeln für die übrigen Sachen festgesetzt war[535]). Im Justinianeischen Rechte ist von einer einjährigen und zweijährigen Usucapion nicht mehr die Rede. An ihre Stelle tritt theils das gleich näher zu besprechende longum tempus, theils eine erst von Justinian für Mobilien neu eingeführte Ersitzungszeit von 3 Jahren. Es sind daher auch in den Digesten von den Compilatoren fast alle Beziehungen auf die alte Usucapionsfrist sorgfältig getilgt worden; an deren Stelle hat man entweder unbestimmte Ausdrücke gesetzt, z. B. tempus statutum, tempus lege definitum, oder man hat, wo es paßte, den Ausdruck longum tempus gebraucht[536]). Die longi temporis praescriptio verlangt einen Zeitraum von 10 Jahren inter praesentes, von 20 Jahren inter absentes[537]). Nach Justinian's Bestimmung[538]) wird die Gegenwart oder Abwesenheit derjenigen, zwischen welchen die Ersitzung wirksam sein soll, lediglich mit Rücksicht auf die Provinz beurtheilt. Die Anwendung auf die teutschen Verhältnisse ist schwierig, weil wir theils keine Landesabtheilungen unter dem Namen Provinzen haben, theils unsere Provinzen etwas anderes sind, als die römischen. Eine sehr gewöhnliche Ansicht ist, daß man Untergerichtsbezirke dafür

---

scheint dem Charakter der ältesten Zeit bei weitem angemessener, als die gleich anfängliche Gleichstellung der aedes mit den fundi. Und wenn Gai. II. 42. sagt: Mobilium quidem rerum anno completur (usucapio), fundi vero et aedium biennio: et ita lege XII tabularum cautum est, so ist damit auch nur gesagt, daß man die 12 Tafeln auch auf die aedes bezogen habe, und Gajus konnte sich, nachdem bereits zu Cicero's Zeit die Gleichstellung der aedes mit den fundi in Bezug auf die Usucapionszeit feststand, auch füglich so ausdrücken, als wäre diese Gleichstellung schon in den 12 Tafeln erfolgt, indem er nur das aussprach, was Jahrhunderte lang als durch dieselben bestimmt angesehen worden war, während die ursprüngliche Fassung des Gesetzes dieser Auffassung doch entgegen war.

534) Gai. Inst. Comm. II. §. 53.

535) Gai. II. 54.

536) Dennoch haben sich Spuren der einjährigen Usucapionsfrist erhalten in L. 59. D. 6. 1. L. 12. §. 5. D. 6. 2.

537) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 2. §. 3. Die hier entstandenen Streitfragen werden behandelt von de Toullieu, Tract. de praesentia et absentia mixtoque ex utraque tempore (in collectan. nr. 18.). Meister, Vindiciae legislationis Iustinianeae de mixto tempore computando (in opusc. nr. 8. p. 417—452.). Hugo, Vorschlag, Justinian's Verordnung über die aus Nähe und Ferne gemischte Zeit zu rechtfertigen, nebst einem Zweifel der Glosse (im civil. Magazin Bd. V, Nr. 17). Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 273 flg.

538) L. 12. C. VII. 33.

nehmen könne[538a]), was manche verwerfen und vielmehr Obergerichtsbezirke als gleichbedeutend mit Provinzen nehmen wollen[539]). Bedenkt man den bedeutenden Umfang der römischen Provinzen, so möchte allerdings ein Obergerichtsbezirk mit mehrerem Rechte einer Provinz gleichgeachtet werden. Ein feststehender Gerichtsbrauch, welcher sich für das Eine oder Andere entschieden habe, ist nicht erweislich[540]). Rücksichtlich der Gegenwart ist der Wohnort (domicilium) nach derselben Verordnung Justinian's das Entscheidende. In derselben Verordnung wird als ein zweifelhafter Punkt berührt, ob die Lage des Gegenstandes, dessen Besitz durch die longi temporis praescriptio geschützt werden soll, einen Unterschied begründe; z. B. ob 20 Jahre erforderlich seien, wenn diejenigen, zwischen welchen die longi temporis praescriptio entscheiden soll, oder wenigstens einer von ihnen außerhalb der Provinz, in welcher die Sache liegt, angesessen sind. Nach Justinian's Entscheidung soll die Lage der Sache ganz ohne Einfluß sein. Eine fernere Frage betrifft den Fall, wo die Gegenwart durch eine Abwesenheit unterbrochen wird, und umgekehrt. Von Justinian wird diese Frage in einer Novelle[541]) dahin entschieden, daß zuvörderst die Jahre der Gegenwart gezählt und das dann an dem 10jährigen Zeitraume noch Fehlende durch eine verdoppelte Zeit der Abwesenheit ergänzt werden soll. Zu ganz demselben Ergebnisse führt das entgegengesetzte Verfahren, wenn man die Jahre der Gegenwart doppelt rechnet, dann aber 20 Jahre fordert. Zu der Annahme Mancher[542]), die Novelle spreche gar nicht von einem Wechsel der Wohnorte, sondern beziehe sich vielmehr auf eine vorübergehende Veränderung des Aufenthaltes, wie sie bei einer Reise vorkommt, ist kein Grund vorhanden. Es ist unwahrscheinlich, daß im cap. 8. der Nov. 119. die Ausdrücke παρών und ἀπών (praesens und absens) einen anderen, als den einmal in der Lehre von der longi temporis praescriptio feststehenden Sinn haben sollen; und diese Unwahrscheinlichkeit wird dadurch noch größer, daß im cap. 7. die Verschiedenheit der Verjährungszeit inter praesentes und inter absentes ausdrücklich berührt worden ist, wobei diese Ausdrücke unzweifelhaft die gewöhnliche Bedeutung haben. Das Auffällige, was darin liegt, daß im Cap. 8. der Novelle blos von einer Person gesprochen wird, welche praesens oder absens sei, während sonst von einer Verjährung inter praesentes und

538a) Stryk, Usus modern. Pand. Lib. XLI. Tit. 3. §. 7. Berger, Oecon. iur. Lib. II. Tit. 2. §. 24. not. 2. Höpfner, Comm. zu den Instit. §. 395.

539) Z. B. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, N. 278, S. 273. Thibaut, Besitz und Verjährung §. 31.

540) In den Ländern sächsischen Rechtes kommt der Unterschied zwischen Gegenwart und Abwesenheit bei der Ersitzung gar nicht zur Sprache, da hier für Immobilien die Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen die ordentliche Ersitzung bildet.

541) Nov. 119. cap. 8.

542) Bulgarus, gloss. ad auth. Quod si quis C. de praescript. longi temp. (VII. 33.).

inter absentes die Rede ist, verschwindet dadurch, daß schon in Codexstellen Aehnliches vorkommt[543]). — Ueber den Ursprung der einheimischen Verjährungsfrist von Jahr und Tag ist bereits früher gesprochen worden, sowie daß dieselbe nach den mittelalterlichen sächsischen Rechtsquellen 1 Jahr 6 Wochen 3 Tage beträgt. Unterholzner[544]) ist der Meinung, daß bei der Verjährung von Jahr und Tag ursprünglich an eine Zeit von 366 Tagen gedacht werden müsse, welche durch das Dazwischenfallen des Schalttages noch um einen Tag vermehrt werden konnte. Nach der Bemerkung von Gonzalez Tellez[545]) sollte durch den Zusatz eines Tages blos ausgedrückt werden, daß der erste Tag, mit welchem die Verjährung beginne, bei der Berechnung der Jahresfrist nicht mit in Anrechnung komme. Im Lübischen Rechte ist seit alter Zeit die Frist von Jahr und Tag nicht, wie in den sächsischen Rechtsquellen für 1 Jahr 6 Wochen 3 Tage, sondern für ein vollgemessenes Jahr, 366 Tage, genommen worden[546]), und daß diese Berechnung im Lübischen Gerichtsbrauche angenommen sei, ist von verschiedenen Schriftstellern bezeugt[547]). Daß hier nicht an eine romanisirende Auffassung gedacht werden kann, wie solche bei der Frist von Jahr und Tag in Betreff der im Fürstenthum Hildburghausen und in der Pflege Coburg bestehenden Gütergemeinschaft zwischen Eheleuten stattgefunden hat, geht aus dem Alter dieser Art der Berechnung der Frist von Jahr und Tag unzweifelhaft hervor. Dessenungeachtet steht diese Berechnung so allein da, daß man die oben erwähnte Entstehung der Frist von Jahr und Tag aus den Fristen des alten Gerichtsverfahrens deshalb doch nicht aufzugeben vermag und sie für die in den Quellen allein begründete hält. Welche Gründe aber zu jener abweichenden Berechnung im Lübischen Rechte geführt haben mögen, vermögen wir nicht anzugeben. Möglich ist es, daß, da jene Lübischen Urkunden in lateinischer Sprache abgefaßt sind und zu der Zeit der Abfassung derselben (1362 und 1378) hauptsächlich nur Geistliche im Besitze der Kenntniß der lateinischen Sprache waren, auch solche zur Abfassung der fraglichen Urkunden gebraucht worden sind, und aus Unkenntniß des Umfanges der Frist von Jahr und Tag für den Zeitraum von 1 Jahr 6 Wochen 3 Tagen nur

---

543) So wird in L. 16. §. 1. C. III. 33. von dem, qui dominium vindicat, gesagt, er sei praesens oder absens; auf ähnliche Weise wird in L. 13. C. III. 34. ein 10jähriger Zeitraum contra praesentes und ein 20jähriger contra absentes unterschieden. Ebenso wird in L. 7. C. VII. 43. die praescriptio adversus praesentes und absentes entgegengesetzt.

544) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. S. 276 flg.

545) Gonzalez Tellez, comm. ad cap. 8. X. de in integr. restit. (I. 41.).

546) Es geht dies aus zwei von Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Rechte Bd. 3, S. 135, 136 mitgetheilten Urkunden, der einen aus dem Lübecker Oberstadtbuche von 1362, der anderen aus dem Niederstadtbuche von 1378 hervor.

547) Mevius, Comm. ad ius Lubec. I. 8. art. 1. nr. 16. Heineccius, diss. de praescriptione annali iure Lubec. §. 9. Stein, Abhandl. des Lüb. Rechtes Th. 1, §. 86. Th. 2, §. 11.

ein volles Jahr mit Einrechnung des Schalttages darunter verstanden haben. Ist dies der Fall, so können auch jene Urkunden nicht zum Zeugnisse dafür gebraucht werden, daß die Frist von Jahr und Tag im Lübischen Rechte ursprünglich nur für eine Frist von 366 Tagen genommen worden sei. Es ist dies auch um so unwahrscheinlicher, als im Lübischen Rechte sonst die Eigenthümlichkeiten des altteutschen, namentlich altsächsischen Rechtes treuer bewahrt worden sind, als selbst in den sächsischen Ländern. Im longobardischen Lehenrechte[547a]) ist als Frist, innerhalb welcher der Vasall in Lehensveränderungsfällen um die Erneuerung der Investitur bitten müsse, die Frist von 1 Jahre und 1 Monate bestimmt. Diese Stelle steht mit anderen Stellen desselben Rechtsbuches im Widerspruche, in welchen die Frist von Jahr und Tag durch annus et dies ausgedrückt wird[548]). Schon Cujacius hat deshalb statt „ultra annum et mensem" in der jüngst gedachten Stelle vorgeschlagen, zu lesen: „ultra annum et diem" und sich deshalb auf seinen Codex, sowie auf die übrigen Stellen des longobardischen Lehenrechtes, in denen es immer annus et dies, nie annus et mensis heiße, berufen[549]). Wir können der Ansicht von Cujacius nur beipflichten; denn hat es wirklich Handschriften gegeben, welche die von Cujacius vorgeschlagene Lesart unterstützen, so liegt offenbar in der Lesart „ultra annum et mensem" nur ein Versuch eines Abschreibers, den annus et dies zu erklären; ein Versuch, welcher der nach den altteutschen, insbesondre altsächsischen Rechtsquellen, feststehenden Bedeutung der Frist von Jahr und Tag für den Zeitraum von 1 Jahre 6 Wochen 3 Tagen gegenüber nicht in Betracht kommen kann. Nur unglücklich kann der von Einigen[550]) gemachte Versuch genannt werden, die fragliche Stelle des longobardischen Lehenrechtes dazu zu benutzen, um für die teutsche Verjährungsfrist von Jahr und Tag eine in dem gemeinen Rechte begründete Deutung zu gewinnen. b) Art der Zeitberechnung. aa) Im allgemeinen. Bei der Zeitberechnung gelten überhaupt die allgemeinen Grundsätze. So wird z. B. die Verjährungszeit, wenn sie in einem oder mehreren Jahren besteht, durch einen in den Lauf derselben fallenden Schalttag verlängert[551]). Läuft da-

547a) I. Feud. cap. 22. §. 1.

548) II. Feud. cap. 24. pr. cap. 40. pr. cap. 52. §. ult. cap. 55. pr.

549) Vgl. über die verschiedenen Ansichten Weber, Handbuch des Lehenrechtes Bd. 4, S. 200 flg. S. auch den Artikel Lehenserneuerung Bd. VI, S. 449.

550) z. B. Elsässer, in den gemeinnützigen Beobachtungen und Rechtsfällen Bd. 1, Nr. 2.

551) L. 2. D. 44. 3. In dieser Stelle darf das am Schlusse stehende „mihi contra videtur" nur auf den Fall der lex commissoria, wenn innerhalb 30 Tagen das Kaufgeld nicht bezahlt würde, wo dann der Schalttag der 30tägigen Frist nicht zugerechnet werden soll, bezogen werden, nicht auf die früher erwähnten Fälle des tempus iudicati, der Proceßverjährung und der Usucapion. So fassen auch die Basiliken (Lib. LI. Tit. 3. cap. 2. ed. Heimb. T. V. p. 92.) die Sache auf. —

gegen die Usucapion im Schaltjahre am bissextum zu Ende, so ist nach römischem Rechte, in welchem das bissextum als ein Tag betrachtet wird[552]), in den Fällen, wo es auf den Anfang des letzten Tages ankommt, der Anfang des bissextum, d. h. der Anfang des eigentlichen Schalttages derjenige, welcher die Ersitzung beendigt[553]). Dasselbe ist noch nach dem heutigen Rechte anzunehmen[554]). Wo die Verjährung bis zum Ende des letzten Tages fortläuft, da ist nach denselben Grundsätzen in einem Schaltjahre die Beendigung der Verjährung nicht vor Ablauf des 25. Februar anzunehmen. Die wegen der Nichteinrechnung des Schalttages geltende Regel ist aber nicht auf solche Fälle zu beziehen, wo die Verjährungszeit nach Tagen oder Monaten bestimmt ist. Bei einer nach Tagen bestimmten conventionellen Frist, welche freilich auch keine Verjährungsfrist genannt werden kann, da unter solchen immer gesetzlich bestimmte Zeiträume verstanden werden, ist dies nach den Gesetzen selbst außer Zweifel[555]). Allein auch bei einer nach Tagen bestimmten gesetzlichen Verjährungsfrist kann daran kein Zweifel sein[556]). Der Ausdruck Monat ist eine abgekürzte Bezeichnung eines Zeitraumes und man kann hier füglich nicht andere Grundsätze annehmen, als die bei der Berechnung eines in Tagen bestimmten Zeitraumes[557]). Zwar wird an einer Stelle[558]) gesagt, der mensis intercalaris, d. h. der Februar des Schaltjahres, bestehe aus 28 Tagen, so daß also der Schalttag nicht mitgezählt wird. Allein dieses muß auf die Berechnung einer Zeit nach Monaten für einflußlos erachtet werden, weil bei dieser der Februar als ein Ganzes gar nicht in Betracht kommt, sondern nur nach den einzelnen Tagen, aus welchen er besteht; daher macht er auch nie

552) L. 98. pr. D. 50. 16.

553) Ueber den Schalttag nach dem Julianischen Calender vgl. den Artikel Calender Bd. II, S. 536 flg. Die römischen Juristen werfen die Frage auf, ob von den beiden Tagen das bissextum, die a. d. sextum Calendas Martias heißen und auf den 24. und 25. Februar fallen, der prior oder der posterior, d. h. der den Calenden des März nähere oder entferntere als Schalttag anzusehen sei und entscheiden sich für den letzteren, also den 24. Februar. L. 98. pr. D. 50. 16. L. 3. §. 3. D. 4. 4.

554) Wenn Manche heutzutage den 29. Februar als Schalttag betrachtet wissen wollen (vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 5, S. 543, N. 81), so lehrt ein Blick auf unsere, auch bei den Protestanten üblichen Calender, in welchen noch jetzt der 24. Februar im Schaltjahre als Schalttag aufgeführt wird, das Gegentheil.

555) L. 2. D. 44. 3. a. E.

556) Wenn in L. 2. D. 44. 3. auch des tempus iudicati gedacht wird, welches nach den 12 Tafeln 30 Tage betrug und nach dieser Stelle ebenfalls der Schalttag dem iudicatus zu Gute kommen soll, so ist einestheils zu berücksichtigen, daß hier von keiner Verjährungsfrist, sondern von einer Proceßfrist die Rede ist, anderntheils, daß, nachdem Justinian das tempus iudicati auf vier Monate erstreckt hatte (L. 2. C. VII. 54.), hier nur eine nach Monaten zu berechnende Frist in Frage kam.

557) Dafür entscheidet sich auch Unterholzner a. a. O. Bd. 1. S. 281 flg.

558) L. 98. §. 2. D. 50. 16.

einen vollen Monat von 30 Tagen aus[559]). — Die Verjährungszeit ist bald ein tempus continuum, bald ein tempus utile. Tempus continuum ist die Verjährungszeit erweislich bei der usucapio[560]), bei der longi temporis praescriptio[561]), bei der praescriptio XXX vel XL annorum[562]), und bei der quadriennii praescriptio gegen die Ansprüche des Fiscus auf bona vacantia[563]). Mit Recht gilt als Regel, daß eine gesetzlich bestimmte Frist als tempus continuum anzusehen sei, wenn nicht von einer für die Dauer der prätorischen Klagrechte vorgeschriebenen Zeitfrist die Rede ist, welche dann im Zweifel für ein tempus utile zu erklären ist[564]). Dieselbe Regel gilt auch für die Verjährungsfristen. Dieselben sind also regelmäßig continuo zu berechnen, insofern nicht ausdrücklich eine Ausnahme bestimmt ist; bei den prätorischen Klagen hingegen sind die Verjährungsfristen ebenso in der Regel utiliter zu berechnen. Bei dem tempus utile werden nun alle diejenigen Tage übersprungen, an welchen die Ausübung des an eine gewisse Verjährungszeit geknüpften Rechtes wegen eines vorhandenen Hindernisses unmöglich war[565]). Es werden also bei Berechnung der den klagbaren Rechten gesetzten Verjährungszeit die Tage übersprungen, an welchen keine Klage angestellt werden konnte, eine Geltendmachung des Rechtes vor Gericht nicht möglich war (in quibus experiundi potestas non fuit). Dieser Regel gemäß werden übersprungen: α) diejenigen Tage, an welchen ein in der Person des Berechtigten selbst liegendes Hinderniß die Ausübung des Rechtes unmöglich machte. Als ein solches Hinderniß gilt namentlich Unbekanntschaft des Berechtigten mit seinem Rechte[566]), obgleich sich deshalb noch nicht behaupten läßt, daß eine solche unter allen Umständen ein Hinderniß sei; denn wenn man der Lage der Dinge nach bei gehöriger Sorgfalt diese Bekanntschaft erlangen konnte, findet eine Ausnahme statt. Auch bei Bekanntschaft des Berechtigten mit

---

559) A. M. ist Glück, Erl. der Pand. Bd. 3, S. 580, welcher den Schalttag nicht gerechnet wissen will, auch wenn die Zeit nach Monaten bestimmt ist. Die dafür allenfalls anzuführende L. 2. D. 44. 3., wornach bei den ädilizischen Klagen der Schalttag nicht besonders gerechnet werden soll, ist schon ihrer Fassung nach (pleraeque aedilitiae actiones) nicht auf alle ädilizischen Klagen zu beziehen. Es ist dabei nicht an die actio redhibitoria und quanti minoris zu denken, sondern an die Klagen, welche durch das Halten gefährlicher Thiere begründet werden. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, N. 288, S. 281.

560) L. 31. §. 1. D. 41. 3.

561) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 2. §. 3.

562) L. 3. C. VII. 39.: triginta annorum iugi silentio und triginta annis continuis. L. 4. C. eod.: quadraginta annorum ... iugi silentio.

563) L. 1. C. VII. 37. die Lesart „post quadriennium continuum" wird auch durch die Basiliken (Lib. L. Tit. 13. cap. 1.) unterstützt, welche dies auch durch *μετὰ τετραετίαν συνεχῆ* wiedergeben.

564) Glück, Erl. der Pand. Bd. 3, S. 562 flg. Beispiele, wo der Prätor ein tempus utile bestimmt, kommen sehr häufig vor.

565) L. 1. D. 44. 3.

566) L. 6. D. 3. 6. Vgl. L. 2. pr. D. 38. 15.

seinem Rechte kann ein Hinderniß der Ausübung desselben durch Entfernung des Berechtigten oder Zwang begründet sein. Es kann daher die Zeit, während welcher der Berechtigte in feindlicher Gefangenschaft war oder durch Amtsgeschäfte entfernt gehalten wurde, oder eine öffentliche oder private Haft erdulden mußte, oder durch Stürme an der Heimkehr verhindert wurde, überhaupt die Zeit einer unfreiwilligen Abwesenheit nicht in Anrechnung kommen, unter der Voraussetzung jedoch, daß er sich nicht erweislich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen konnte [567]). Aber auch eine Abwesenheit gewöhnlicher Art verdient Beachtung, wenn es erweislich unmöglich war, einen Bevollmächtigten zu bestellen [568]). Eine Digestenstelle [569]) könnte dafür angeführt werden, daß bei Beantwortung der Frage, ob eine experiundi potestas vorhanden gewesen sei, auf die in der Person des Klägers vorhandenen Hindernisse nicht Rücksicht zu nehmen sei; diese Stelle bezieht sich aber nicht auf ein tempus utile, sondern untersucht blos, von welcher Zeit an das Recht aus einer Verbürgung für vollständig begründet anzunehmen sei. β) Diejenigen Tage werden ferner nicht eingerechnet, an welchen ein Hinderniß von Seiten dessen vorhanden war, welchem die Verjährung zu statten kommen soll. Bei der Verjährung der Klagen kommt daher, wenn die Verjährungszeit ein tempus utile ist, die Zeit nicht in Anrechnung, während welcher der Gegner abwesend ist und nicht genügend vertreten wird [570]). γ) Endlich werden die Tage nicht mitgerechnet, an welchen die Erlangung der zur Ausübung des Rechtes erforderlichen obrigkeitlichen Mitwirkung unmöglich war. Bei der Verjährung der Klagen kommen demnach alle die Tage nicht in Anrechnung, welche keine Gerichtstage (dies sessionum) sind [571]). Dasselbe gilt in den Fällen, wo zwar nicht von Erhebung einer Klage die Rede ist, doch aber die obrigkeitliche Mitwirkung eine cognitio pro tribunali voraussetzt [572]). In anderen Fällen genügt die Bereitschaft der Obrigkeit zu Amtshandlungen; und dann kommen nur die Tage nicht in Rechnung, an welchen auch diese Amtsthätigkeit ruhte [573]). Daß diese Berechnung des tempus utile im Justinianeischen Rechte ganz wegfalle, kann nicht behauptet werden. Allerdings sah der Kaiser die Schwierigkeiten, welche mit dieser Zeitrechnung verbunden waren, wohl ein [574]), und vielleicht hat er in Betracht derselben den annus utilis bei der Re=

---

567) L. 1. D. 44. 3. Vgl. L. 2. §. 1. bis L. 16. L. 26. §. 9. L. 27. L. 32—45. D. 4. 6. L. 2. pr. D. 38. 15. Siehe den Artikel Restitution Bd. IX, S. 344.

568) Arg. L. 28. pr. D. 4. 6.

569) L. 4. D. 44. 3.

570) L. 1. D. 44. 3.

571) L. 1. D. 44. 3. Vgl. L. 2. §. 1. D. 38. 15. S. den Artikel Restitution a. a. O. S. 345.

572) L. 2. §. 1. D. 38. 15.

573) L. 1. §. 9. D. 49. 4.

574) L. 1. pr. C. VII. 40.

stitution in ein quadriennium continuum verwandelt[575]), sowie schon vor ihm Constantin an die Stelle des annus utilis bei der doli actio ein biennium continuum gesetzt hatte[576]). Aber alle diese Bestimmungen sind so augenscheinlich etwas Besonderes, daß man nicht auf ähnliche Weise jedes tempus utile in ein vierfaches tempus continuum verwandeln darf, umsoweniger, als nur Justinian dieses Verhältniß beider Arten Zeiträume in seiner Verordnung bestimmt, während in der noch giltigen Constantinischen Verordnung bei der doli actio ein anderes Verhältniß zum Grunde gelegt ist. bb) Bestimmung des Anfangspunktes. Der Anfang der Verjährung ist bei den verschiedenen Arten der Verjährung abweichend zu bestimmen. Bei den Verjährungsarten, welche einen Besitz erfordern, fängt der Lauf der Verjährung mit der Erwerbung des Besitzes an, vorausgesetzt, daß derselbe die erforderlichen Eigenschaften hat und nicht etwa ein in der Sache liegendes Hinderniß (vitium ex re) entgegensteht. Bei den Verjährungsarten, welche Folge einer Rechtsvernachlässigung sind, wird verlangt, daß ein Recht schon wirklich begründet sei, weil sonst eine Vernachlässigung desselben nicht denkbar ist. Die Verjährung der Klagen insbesondre kann daher erst von dem Zeitpunkte an anfangen, wo die Anstellung der Klage rechtlich möglich war; daher die Regel: actioni nondum natae non praescribitur. Folgeweise können Rechte, bei denen die Klagbarkeit von dem Eintritte einer Bedingung oder von dem Ablaufe eines Zeitraumes abhängt, nicht eher der Verjährung zu unterliegen anfangen, als bis die Zeit abgelaufen oder die Bedingung eingetreten ist[577]). Dagegen ist die Behauptung unbegründet, daß jedes Hinderniß der Ausübung des Rechtes, gesetzt auch, dasselbe sei nicht ein im Rechte begründetes, sondern ein durch die natürlichen Umstände gegebenes, den Lauf der Verjährung hemme. Sicherer Beweis dafür ist die Nothwendigkeit der Restitution gegen die Eigenthumsersitzung, wenn das Eigenthum durch die Unmöglichkeit der Verfolgung desselben verloren gegangen ist[578]); ferner die Nichthemmung des Laufes der 30jährigen Verjährung durch Abwesenheit oder Kriegsdienste dessen, welcher darunter leidet[579]), woraus in Folge der Verbindung, in welcher dieses gesagt ist, geschlossen werden darf, daß überhaupt bei der 30jährigen Verjährung äußere Abhaltungen nicht in Betracht kommen. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt in allen Fällen ein, in welchen die Verjährungszeit ein tempus utile ist; hier kann natürlich die Verjährung gar nicht beginnen, so lange Umstände bestehen, welche der Ausübung eines Rechtes hinderlich sind. Es ergiebt sich aus dem bisher Bemerkten, inwiefern die Regel der Neueren: Agere non valenti non currit praescriptio, als richtig anzuerkennen sei.

575) L. 7. C. de tempor. in int. restit. (II. 52. (53.)).
576) L. 8. C. de dolo malo (II. 20. (21.)).
577) L. 7. §. 4. C. VII. 39.
578) L. 1. §. 1. D. 4. 6.
579) L. 3. C. VII. 39.

Unbedenklich gilt sie bei allen Verjährungsarten, bei welchen die Verjährungszeit ein tempus utile ist. Für die übrigen Verjährungen gilt sie nur unter der Beschränkung auf die Fälle, wo aus rechtlichen Gründen die Verfolgung des Rechtes unmöglich ist. Namentlich gilt sie also auch nicht, wenn durch außerordentliche Begebenheiten ein Stillstand der Thätigkeit der Gerichte bewirkt oder der Gebrauch gerichtlicher Hilfe wenigstens erschwert ist, indem auch hier die Restitution, insofern sie nach allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt ist, genügenden Schutz gegen unbillige Verletzung gewährt. Welchen Einfluß das tempus hostilitatis auf die Verjährung äußere, ist bestritten[580]). Im Justinianeischen Rechte findet sich von einem solchen besonderen Einflusse des tempus hostilitatis keine Spur. Wohl aber kommt im vorjustinianeischen Rechte eine Novelle Valentinian's III.[581]) vor, welche die einzige Parallelstelle zu den später zu erwähnenden Vorschriften des kanonischen Rechtes und jedenfalls für die Erklärung des dem kanonischen Rechte zum Grunde liegenden Sprachgebrauches wichtig ist. Es wird dort bestimmt: Tricennali temporum definitione concludi ea praecipimus, quae perpetuis aut infinitis saeculis servabantur, exceptis Afrorum negotiis, qui, si probaverint necessitatem Vandalicam pertulisse, ut de eorum causis illa tempora praefixo tricennio subtrahantur, quae claruerit sub hostilitate consumta. Diese Vorschrift hing mit der durch Theodosius II. eingeführten 30jährigen Verjährung der actiones in rem universales und der actiones personales, welche bisher perpetuae waren, zusammen. Die specielle Bestimmung, daß den Africanern bei der 30jährigen Verjährung so viel Jahre zu Gute gerechnet werden sollten, als sie sich sub hostilitate der Vandalen befunden hatten, war ohne Zweifel eine blos vorübergehend auf die damaligen Zeitverhältnisse berechnete Verordnung. Unter hostilitas ist hier der Zustand des durch die Vandalen von Spanien aus in die römische Provinz Africa bewirkten feindlichen Einfalles und der vorübergehenden Besitznahme der Provinz durch dieselben zu verstehen. Zunächst ist es das kanonische Recht, aus welchem die praktisch geltenden Bestimmungen über den Einfluß des tempus hostilitatis zu entlehnen sind. Die beiden Hauptstellen sind can. 13. Caus. XVI. Qu. 3. und cap. 10. X. II. 26. Der can. 14. C. XVI. Qu. 3. hat zwar die Ueberschrift: Temporis non currit praescriptio, ubi furor hostilitatis incumbit; er gehört aber, seinem wahren Inhalte nach, nicht hierher, indem er nur davon spricht, daß im Verhältnisse zu Ungläubigen und Heiden den christlichen Kirchen gar keine Verjährung entgegenstehen solle. Aus der ersten Stelle ist besonders der Satz zu bemerken: non

580) Vgl. Marezoll, über den Einfluß des tempus hostilitatis auf die Verjährung, in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. VII, S. 274—289.

581) Novell. Valentin. III. Tit. XXXIV. (de episcopali iudicio) §. 12. (p. 250. edit. Haenel.)

enim erit obiicienda praescriptio temporis, ubi necessitas interest hostilitatis. Aus der zweiten Stelle gehören besonders hierher die Worte: praescriptione hostilitatis tempore non currente. Die erste zu beantwortende Frage ist, wenn im Sinne des kanonischen Rechtes ein tempus hostilitatis vorhanden sei? Nach der gewöhnlichen Meinung ist darunter überhaupt die Zeit eines herrschenden Krieges zu verstehen. Diese Erklärung hat aber innere und äußere Gründe gegen sich. Vielmehr spricht das kanonische Recht nur von der Zeit eines feindlichen Einfalles, einer wirklichen Besitznahme des Gebietes, wo der Klagberechtigte und dessen Gegner, oder doch wenigstens der erstere wohnt, von Seiten des Feindes; es wird auch nur so lange, als diese feindliche Besitznahme dauert, die Verjährung gehemmt. Dafür spricht erstens, daß das kanonische Recht nirgends den Ausdruck bellum, belli tempus braucht, während dieser doch so nahe lag und für das, was man gewöhnlich annimmt, allein bezeichnend war. Vielmehr werden die Ausdrücke hostilitas, — militaris hostilitas, — hostilitatis necessitas, — hostilitatis discrimen gebraucht, welche offenbar einen viel engeren Sinn haben und nur auf den Fall eines wirklichen feindlichen Einfalles und einer feindlichen Besitznahme passen. Dazu kommt zweitens in derselben Stelle des kanonischen Rechtes (can. 12. Causa XVI. Qu. 3.) die Vergleichung dessen, was hostilitatis tempore eintritt und gelten soll, mit der Kriegseroberung, der Kriegsgefangenschaft und dem ius postliminii. Alles dieses setzt nicht blos einen Krieg voraus, sondern auch ein Handgemenge mit dem Feinde, einen feindlichen Einfall. Auf die infolge einer feindlichen Besitznahme der Gegend vorgefallenen gewaltthätigen Rechtsverletzungen weisen in derselben Stelle deutlich die Worte hin: antiquam eiusdem urbis parochiam militaris quondam hostilitatis discrimine fuisse decisam. Drittens ist bemerkenswerth und nicht blos zufällig, daß in der einzigen Parallelstelle des römischen Rechtes, der in der Note 581 angeführten Novelle Valentinian's III., welche unzweifelhaft von einem feindlichen Einfalle und einer feindlichen Besitznahme spricht, dieselben Ausdrücke „hostilitas" und „necessitas" vorkommen. Was viertens die ratio legis anlangt, so ist dieselbe in den kanonischen Gesetzstellen nicht ausdrücklich angegeben; allein man setze sie, worin man wolle, immer führt sie zu einer engeren Erklärung des Ausdruckes hostilitatis tempus. Von der gewöhnlich angeführten ratio legis, weil hostilitatis tempore kein Recht gesprochen werde, keine Möglichkeit der Klage vor Gericht zustehe [582]), kann man nicht ausgehen. Denn nicht jeder Krieg, in welchen ein Staat verwickelt ist, läßt sich als ein solches factisches Hinderniß der Rechtsverfolgung, wodurch die Thätigkeit der Gerichte gehemmt wird, betrachten. Es ist ein solcher Krieg möglich, ja es wird

582) Gonzalez Tellez ad cap. 10. X. II. 26. nr. 5. Mevius, Decis. P. VIII. dec. 279.

oft ein langwieriger, gefährlicher, verheerender Krieg geführt, ohne daß die innere bürgerliche oder kirchliche Ordnung gestört, ohne daß die Thätigkeit der Gerichte im Lande, namentlich das Rechtsprechen, in irgend einem Augenblicke eine Hemmung erleidet. Es gilt dies namentlich von den unter den europäischen christlichen Staaten in neuerer Zeit geführten Kriegen. Am wenigsten kann von einer solchen Störung und Hemmung der richterlichen Thätigkeit dann die Rede sein, wenn der Krieg außerhalb des eigenen Landes und glücklich geführt wird. Die wahre ratio legis ist vielmehr folgende. Die fast nothwendige Folge einer feindlichen Besitznahme des Gebietes ist ein ungewöhnlich bedrängter Zustand für die Bürger und Einwohner des vom Feinde in Besitz genommenen Gebietes, was weiter keiner Auseinandersetzung bedarf; ein Zustand, der gewiß sehr passend hostilitatis discrimen, hostilitas, militaris necessitas genannt wird und oft den Einzelnen vielfachen, ungewöhnlichen Rechtskränkungen aussetzt, gegen welche er im Augenblicke schwerer als sonst Schutz findet. Namentlich kann Jemand leicht diesen Zustand allgemeiner Verwirrung sich zu Nutzen machen, entweder um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, oder sich fremdes Gut widerrechtlich anzueignen, indem er entweder erwartet, daß der Gläubiger bei der allgemeinen Bestürzung und Unruhe sich Rechtsverletzungen, die er sonst nicht dulden würde, gefallen läßt oder sich auf den Beistand des Feindes, mit dem er es zu diesem Zwecke hält, verläßt und dadurch seinen Gegner einschüchtert. Mehr zufällig ist die wirkliche Hemmung der richterlichen Thätigkeit infolge der feindlichen Besitznahme. Selbst wenn die Thätigkeit der Gerichte nicht gehemmt wird, treten jene Folgen stets mehr oder weniger ein. Die ratio legis kann nicht zunächst auf der mangelnden facultas agendi in iudicio beruhen; sonst hätte der Gesetzgeber nicht die hostilitas oder militaris necessitas im allgemeinen, sondern den dadurch bewirkten Stillestand der Gerichte oder die sonst dadurch veranlaßte Unmöglichkeit der Rechtsverfolgung als den Umstand, durch welchen die Verjährung gehemmt werden sollte, bezeichnen müssen; umsomehr, als ein solcher zeitweiliger Stillestand der Gerichte auch infolge anderer allgemeiner Unglücksfälle, als Krieg und feindlicher Einfall, stattfinden kann. Endlich verwickelt man sich in nicht zu entwirrende Schwierigkeiten, Zweifel und Widersprüche, wenn man bei dem sich fast nothwendig aufdrängenden Gefühle, daß doch nicht schon jeder Krieg für sich allein den Lauf der Verjährungszeit hemmen könne, andere modificirende Mittelwege als den hier angenommenen einzuschlagen sucht[583]. Die zweite zu beantwortende Frage ist, welche Wirkung nach dem kanonischen Rechte dem tempus hostilitatis zuzuschreiben sei? Es sind hier zwei Ansichten zu erwähnen. Nach der einen, von den Meisten angenommenen Ansicht wird tempore hostilitatis überhaupt der Lauf der Verjährung gehemmt. Nach einer anderen Ansicht wird die

583) Vgl. darüber Marezoll a. a. O. S. 282—284.

Vorschrift des kanonischen Rechtes aus dem Gesichtspunkte einer in integrum restitutio gegen den Ablauf der Verjährungszeit, welcher tempore hostilitatis eingetreten ist, betrachtet, welche Restitution für solche Fälle ein für alle Mal versprochen sei und daher brevi manu ertheilt werde. Die Stellen des kanonischen Rechtes selbst enthalten eine doppelte Vorschrift: erstens eine Entscheidung einzelner bestimmter Fälle, in welchen tempore hostilitatis gegen die Kirche die Verjährung abgelaufen war und allerdings nur durch eine solche brevi manu ertheilte Restitution der Kirche geholfen werden konnte; zweitens aber auch einen allgemeinen Grundsatz für künftige Fälle solcher Art, daß tempore hostilitatis der Lauf der Verjährung gehemmt sein solle, so daß es einer Restitution gar nicht bedarf, in welcher Beziehung die oben hervorgehobenen Worte beider Stellen wichtig sind. Die trotzdem in beiden Stellen erwähnte Restitution ist nicht die in integrum restitutio, sondern die Zurückgabe der widerrechtlich während der militaris hostilitas entzogenen Güter und Gerechtsame. Die dritte Frage ist, gegen wen tempore hostilitatis keine Verjährung laufen solle? Während die gewöhnliche Meinung für die Anwendung der Bestimmung des kanonischen Rechtes auf alle Klagberechtigte sich erklärt, hält Marezoll[584]) solche für ein besonderes Vorrecht der Kirchen und beschränkt sie lediglich auf Klagen der Kirchen. Als Grund dafür giebt er an, daß diese Beschränkung auf einem correctorischen Gesetze beruhe, welches als solches streng auszulegen sei, da es vorher allgemeiner Grundsatz gewesen sei, daß auch tempore hostilitatis die Verjährung laufe. Es wird von ihm darauf Gewicht gelegt, daß in den beiden kanonischen Stellen zuvörderst specielle Fälle entschieden werden und zwar lauter solche, in welchen nur von kirchlichen Gerechtsamen und Klagen daraus die Rede ist; daran werde dann, wenigstens in der einen Stelle, das allgemeine Rechtsprincip selbst geknüpft, wobei auch nur von Klagen, welche der Kirche zustehen, gesprochen werde, was um so auffallender sei, da von demjenigen, gegen welchen die Klage geht, ausdrücklich gesagt werde, es sei gleichgiltig, ob es eine Kirche oder sonst Jemand sei. Es kann aber dieser Meinung nicht beigepflichtet werden. Daß zuvörderst in den beiden Stellen nur von kirchlichen Gerechtsamen und Klagen daraus die Rede ist, ist zufällig und gleichgiltig, da sich ja die meisten kanonischen Entscheidungen auf kirchliche Streitigkeiten beziehen und doch Niemand Bedenken trägt, solche Entscheidungen auch allgemein anzuwenden. Dann aber ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz aufgestellt, der ebenso gut auf andere Klagberechtigte als Kirchen paßt und dessen Beschränkung auf Kirchen umsoweniger zu rechtfertigen sein dürfte, als Kirchen ja sonst schon rücksichtlich der Verjährung genug privilegirt sind, namentlich durch die 40jährige Verjährung, so daß gar kein Grund erkennbar ist, warum die Kirchen bei dieser ohnehin so übermäßig langen Verjäh-

---

584) Marezoll a. a. O. S. 284 flg.

rung auch noch ein besonderes Vorrecht haben sollen. Es ist hiernach die fragliche Bestimmung des kanonischen Rechtes auf alle Klagberechtigten anzuwenden. Die Reichsgesetzgebung enthält auch eine hierher gehörige Bestimmung. Im Reichsabschiede von 1654 §. 172 ist nämlich bestimmt, daß keine Verjährung wegen der während des 30jährigen Krieges unterlassenen Forderung an Kapital und Zinsen gelten solle und daß von den Gläubigern die sonst aufkündbaren Kapitalien binnen drei Jahren a dato dieses Reichstages nicht gekündigt werden sollen. Diese Vorschrift ist, wie sich auf den ersten Blick ergiebt, wie so manche andere desselben Reichsgesetzes, eine vorübergehende, für die Zeit unmittelbar nach Beendigung des 30jährigen Krieges bestimmte, welche durch die Drangsale dieses Krieges und die allgemeine dadurch entstandene Zerrüttung geboten war. Noch ist als eine auf den Lauf der Verjährung bezügliche Vorschrift die des Papstes Innocenz III. zu erwähnen, daß aus der Zeit der Kirchenspaltungen (schismata) eine Verjährung gegen die römische Kirche nicht hergeleitet werden könne[585]). — Ueber die Berechnung der einheimischen Verjährungsfrist von Jahr und Tag und deren Anfang ist bereits früher in diesem Artikel gehandelt worden. cc) Bestimmung des Schlußpunktes. Die Schlußpunkte sind bei der Zeitberechnung verschieden. Bisweilen wird pünktlich (de momento ad momentum, ad momenta) gerechnet. Bisweilen rechnet man Tag auf Tag (ad dies), unbekümmert um eine genauere Zeitbestimmung. Bei letzterer Berechnungsart sind wieder zwei Fälle möglich. Entweder man läßt die Zeit fortlaufen, bis der letzte Tag, d. h. der, in welchen der Endpunkt hineinfällt, völlig beendigt ist (novissimus totus dies compleri debet), oder man nimmt den Schluß an, sobald der letzte Tag angefangen hat, so daß, nach dem Ausdrucke der Neueren, dies ultimus coeptus habetur pro completo. In Beziehung auf diesen zweiten Fall braucht Paulus den Ausdruck civiliter computare im Gegensatz der Berechnung ad momenta[586]). Die Neueren unterscheiden daher zwischen einer civilis und naturalis computatio bei Zeiträumen[587]). Was die Verjährung betrifft, so wird bei der usucapio von Tag zu Tag und zwar so berechnet, daß mit dem Anfange des letzten Tages die Usucapionszeit als beendigt angesehen wird. Die unzweideutigste Stelle darüber ist eine von Gellius[588]) und Macrobius[589]) aufbewahrte Stelle des alten Juristen Q. Mucius Scä-

585) Cap. 14. X. II. 26.

586) L. 134. D. 50. 16.: ... quia annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus.

587) Glück, Erl. der Pand. Bd. 3, §. 269b, S. 565 flg., besonders aber Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 4, S. 347—421. Eine Andeutung darüber enthält der Artikel Frist Bd. IV, S. 369. Das Nähere darüber wird in dem Artikel Zeit vorkommen.

588) Gell. Noct. Att. Lib. III. cap. 2.

589) Macrobius, Saturn. I. 3.

vola, welche sich auf die in den 12 Tafeln sanctionirte Unterbrechung des Usus, wodurch eine freie Ehe in eine strenge Ehe mit der Wirkung des Eintrittes der manus des Ehemannes verwandelt wurde und welcher Usus ausdrücklich auf den Grundsatz der einjährigen Usucapion beweglicher Sachen zurückgeführt wird, durch dreinächtliche Abwesenheit der Frau in jedem Jahre außer dem Hause des Ehemannes bezieht. In Bezug auf die Usucapion selbst wird der Grundsatz, daß dieselbe durch den Besitz der zu usucapirenden Sache auch im geringsten Zeittheile des letzten Tages vollendet werde, am bestimmtesten ausgesprochen von Venulejus[590]), hiernächst aber auch von Ulpian[591]). Ist hingegen von dem Erlöschen klagbarer Rechte durch Nichtanstellung der Klage binnen einer bestimmten Verjährungszeit die Rede, so wird zwar auch von Tag zu Tag gerechnet, das klagbare Recht erlischt aber erst mit Vollendung des Ablaufes des letzten Tages[592]). Besondere Schwierigkeiten macht die Beendigung des Schlußpunktes bei der longi temporis praescriptio[593]). Dieser Fall ist allerdings von dem der auf eine gewisse Zeit beschränkten Klagbarkeit verschieden. Wenn für die Anstellung der Klage eine Frist bestimmt ist, so erscheint es billig, daß diese Frist nicht beengt werde; wenn nun dennoch von Tag zu Tag gerechnet werden soll, so bleibt nichts übrig, als daß der ganze letzte Tag für die Anstellung der Klage zustehe. Die longi temporis praescriptio hingegen ist eine Berufung auf lange fortgesetzten Besitz; hier wäre es unbillig, wenn man die rechtlich erforderliche Frist verlängern und bis zum Ablaufe des letzten Tages rechnen wollte. Savigny[594]) glaubt zwar, daß Paulus bei den temporales actiones in der in Note 592 angeführten Stelle zunächst nur an persönliche Klagen gedacht habe, was wegen der am Schlusse der Stelle erwähnten obligatio unverkennbar sei; er hält aber den Ausdruck temporales actiones für so allgemein, daß er auch die in rem actiones mit umfasse; auch liege in dem Verhältnisse der longi temporis praescriptio zur Usucapion kein Hinderniß, beide auf verschiedene Weise zu berechnen. Dem steht entgegen, daß der Ausdruck temporales actiones immer nur von persönlichen Klagen und zwar von solchen gebraucht wird, welche durch das jus honorarium auf eine bestimmte Dauer beschränkt sind; nur der Ausdruck temporalis praescriptio begreift auch die longi temporis praescriptio. Waren auch die in rem actiones schon vor Theodosius II., ohne daß der Beklagte einen zur longi temporis praescriptio qualificirten Besitz hatte, der 30-

590) L. 15. pr. D. 44. 3. Vgl. Savigny a. a. O. S. 367 flg.
591) L. 6. 7. D. 41. 3. Vgl. Savigny a. a. O. S. 368 flg.
592) L. 6. D. 44. 7. (Paulus): In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem (nach der Florentiner Handschrift; während die gewöhnliche Lesart ist: non finitur obligatio).
593) Vergl. Donellus, comm. iur. civ. V. 19. §. 6. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 297 flg. Savigny a. a. O. S. 391 flg.
594) Savigny a. a. O. S. 391 flg.

jährigen Verjährung unterworfen[595]), so gewährte doch die longi temporis praescriptio, welche einen besonders qualificirten Besitz voraussetzte, schon lange vor Justinian nicht blos eine Einrede gegen die Vindication des Eigenthümers, sondern sie gewährte selbst Eigenthum und auch eine dingliche Klage[596]). Es lag also viel näher, die Grundsätze von der Berechnung des Schlußpunktes der Usucapion darauf anzuwenden, als die des Endpunktes bei den Temporalklagen, und es hatte diese Anwendung der Grundsätze von der Usucapion umsoweniger ein Bedenken, als bei der longi temporis praescriptio eine viel längere Besitzzeit erfordert wurde[597]). Für das neueste römische Recht ist diese Frage über die Berechnung des Schlußpunktes der ordentlichen Ersitzung bei den von Justinian eingeführten Veränderungen noch von Einfluß und Gewicht, indem deren Beantwortung davon abhängt, ob man auf die von Justinian näher bestimmte Ersitzung von 3 Jahren für bewegliche und 10 oder 20 Jahren für unbewegliche Sachen die Grundsätze der Usucapion oder der longi temporis praescriptio anwendet. Uns scheint die später noch näher zu begründende Meinung die allein richtige, daß Justinian die Usucapion nur umgestaltet, nicht aber das Recht der longi temporis praescriptio dem Rechte der Usucapion substituirt, sondern nur das eine oder andere Erforderniß der ersteren in das Recht der Usucapion übertragen habe, im übrigen aber, wo er nichts ausdrücklich geändert hat, das Recht der Usucapion zur Anwendung komme. Hiernach ist für die ordentliche Ersitzung die Berechnung des Schlußpunktes der Usucapion maßgebend. Bei der praescriptio XXX vel XL annorum unterscheidet Unterholzner[598]), ob sie eine praescriptio possessionis ist, eintretend zum Schutze desjenigen, welcher 30 oder 40 Jahre lang eine Sache besessen hat, oder ob sie lediglich durch die Nichtanstellung einer Klage begründet wird, wie es bei dem Schutze gegen persönliche Klagen der Fall ist. Da ihr im ersten Falle durch Justinian auch die Eigenschaft einer erwerbenden Verjährung des Eigenthums beigelegt ist[599]), so will er auch hier rücksichtlich der Be-

595) L. 3. C. VII. 39.

596) Justinian gestattet in L. 8. pr. C. VII. 39. demjenigen, welcher die longi temporis praescriptio für sich hat, auch eine Vindication; er beruft sich aber auf das ältere Recht, in welchem dieses schon der Fall gewesen sei: hoc enim et veteres leges (si quis eas recte inspexerit) sanciebant.

597) Dafür erklären sich auch Donellus und Unterholzner. Entgegengesetzter Meinung ist Savigny, der für seine Ansicht auch geltend macht, daß ein praktischer Widerspruch durch die verschiedene Berechnung des Schlußpunktes bei der usucapio und longi temporis praescriptio durchaus nicht habe eintreten können, da beide Rechtsinstitute nie in einem und demselben Falle zusammentreffen könnten; denn wo die Usucapion wirklich begründet ist, werde dadurch stets die longi temporis praescriptio absorbirt, so daß dieselbe zu allen Zeiten nur als Surrogat der Usucapion, wo deren Bedingungen fehlten, habe eintreten können.

598) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 299.

599) L. 8. §. 1. C. VII. 39. vgl. mit L. 8. pr. D. eod.

rechnung des Schlußpunktes die von der Usucapion geltenden Regeln anwenden[600]); im letzteren Falle sei die Verjährung erst mit Ablauf des letzten Tages für beendigt zu achten. Allein nach der richtigen Meinung, die später noch dargestellt werden soll, kann auch die außerordentliche Ersitzungszeit nur mit Ablauf des letzten Tages für vollendet angesehen werden. Wegen der näheren Bestimmung: dies ultimus coeptus habetur pro completo ist auf einen späteren Artikel zu verweisen[601]).

2) Redlichkeit[602]). Im römischen Rechte ist von Redlichkeit (bona fides) theils bei Verträgen, theils bei dem Besitze die Rede. Sowie nämlich in Beziehung auf Verträge von einem redlichen oder unredlichen Benehmen (bona fides und im Gegensatze derselben dolus) gesprochen wird, so wird auch ein redlicher Besitz (bonae fidei possessio) und ein unredlicher (malae fidei possessio) unterschieden. Infolge der letzteren Beziehung ist der Begriff der Redlichkeit auch in der Verjährungslehre wichtig geworden. Dieses Erforderniß findet sich nicht nur bei der usucapio und longi temporis praescriptio, sondern seit Justinian auch bei der praescriptio XXX vel XL annorum, insofern nämlich der Besitz von 30 oder 40 Jahren ein klagbares Recht und nicht einen bloßen Schutz gegen klagbare Ansprüche gewähren soll. Bei den Verjährungsarten, welche gar nicht mit dem Besitze zusammenhängen, ist im römischen Rechte niemals davon die Rede, daß Redlichkeit auf Seiten dessen erfordert würde, welcher durch die Verjährung gewinnen soll. Namentlich ist dieses nicht der Fall bei der Verjährung persönlicher Klagen. Dagegen wird vielfach behauptet, ist wenigstens von den Aelteren vielfach behauptet worden, daß nach kanonischem Rechte die Redlichkeit desjenigen, welcher durch die Verjährung gewinnen soll, ein all-

---

600) A. M. ist Fritz, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. III, S. 440, welcher auf die sog. außerordentliche Ersitzung hier vielmehr die Grundsätze von der Klagenverjährung angewendet wissen will, so daß erst mit dem Ablaufe des letzten Tages die Ersitzung als vollendet angesehen werden soll. Die Gründe dieses Schriftstellers sollen später, wenn von der außerordentlichen Ersitzung insbesondre die Rede sein wird, näher geprüft werden.

601) Das Nähere wird in dem Artikel Zeit vorkommen.

602) Von Schriften sind hier besonders zu erwähnen (abgesehen von einer älteren Abhandlung von Barckhausen, diss. de indole bonae fidei in praescriptionibus. Hal. 1764.) Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung, besonders nach cap. ult. X. de praescriptionibus. Erlangen 1820. Hildenbrand, Geschichte der Bestimmungen des kanonischen Rechtes über die bona fides bei der Ersitzung und Klagverjährung, im Archiv für civil. Praxis Bd. XXXVI, S. 27—49. Letztere Abhandlung ist eine weitere Ausführung über die Geschichte der fraglichen Bestimmungen des kanonischen Rechtes, worüber desselben Verfassers diss. de bona fide rei propriae debitori ad temporis praescriptionem haud necessaria. Monach. 1843. p. 38 sq. nur Andeutungen enthielt. Von den Schriften über die Verjährungslehre sind hier zu nennen Unterholzner a. a. O. Bd. 1, §. 91, 92, 94—101, 117—121. Bd. 2, §. 185. Hameaux, die usucapio und longi temporis praescriptio S. 136 flg. Unter den Systemen des Civilrechtes siehe besonders Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 5, §. 244—246, S. 326—352.

gemeines Erforderniß bei allen Arten der Verjährung sei. Die älteren Quellen des kanonischen Rechtes kommen hier nicht in Betracht. Diese wiederholen lediglich das römische Recht; namentlich erwähnt eine Stelle des Decretes[603]) der zu Gunsten eines unredlichen Besitzers eintretenden 30jährigen Verjährung ganz ebenso, wie diese im römischen Rechte vorkommt[604]). Erst spätere päbstliche Verordnungen verlangen die bona fides bei jeder praescriptio und zwar in einem weit größeren Umfange als das römische Recht, nämlich nicht blos beim Anfange, sondern in jedem Momente der Präscription, während das römische Recht dieselbe nur bei der Ersitzung und auch hier blos am Anfange derselben verlangt. Es gehören hierher drei päbstliche Verordnungen, sämmtlich im Titel der Decretalen Gregor IX. de praescriptionibus (II. 26.), nämlich cap. 3. nach der Ueberschrift von Gregor, cap. 5. nach der Ueberschrift von Alexander III., cap. 20. von Innocenz III. Besonders die letzte Stelle ist es, worauf jene Abweichungen des kanonischen Rechtes vom römischen beruhen[605]). Diese Decretalen verlangen ganz entschieden die bona fides in einem weit größeren Umfange als das römische Recht. Gegenüber der Entschiedenheit, mit welcher dieselben die mala fides als sündlich und unstatthaft erklären, ist es aber auf den ersten Blick auffällig, daß das Decret Gratian's noch mit klaren Worten die rein römische Lehre über die bona fides, bezüglich die Zulässigkeit der mala fides enthält, ohne im mindesten eine Andeutung darüber zu geben, daß hierin etwas kirchlich Anstößiges liege. Auch fand in der That Gratian in den älteren kanonischen Quellenstücken, welche er zusammenstellte, gar keine Veranlassung zur Abweichung von der Lehre des römischen Rechtes, da dieselben meistens nur in Ansehung der Verjährungszeit abweichende Bestimmungen enthalten, im übrigen aber das ganze Institut als aus dem Civilrechte bekannt voraussetzen. Es fragt sich, warum sich gerade Innocenz III. auf der lateranensischen Synode veranlaßt fand, diese Strenge rücksichtlich der mala fides eintreten zu lassen, nachdem viele Jahrhunderte hindurch in diesem Punkte das römische Recht nicht nur unangefochten in den weltlichen Gerichten gegolten, sondern auch von den Kanonen selbst aufgenommen worden war. Diese Frage hat Hildenbrand[606]) zu beantworten versucht. Die hier vor allen in das Auge zu fassende Stelle des Decretes[607]) giebt ganz die Lehre der Le-

603) Can. 15. Caus. XVI. Qu. 3.

604) L. 8. C. VII. 39.

605) Cap. 20. X. II. 26. lautet so: Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

606) In der in der Note 602 angeführten Abhandlung im Archiv, deren Resultat wir wiedergeben.

607) Can. 15. Caus. XVI. Qu. 3.

gisten über die Ersitzung und Klagenverjährung. Dieselben hatten diese Institute unter dem allgemeinen Begriffe praescriptio zusammengefaßt. Gratian behandelt nun dieselben als Arten dieses Gattungsbegriffes, übrigens ganz nach römischem Rechte. Namentlich erklärt er, wie das römische Recht, die mala fides des Präscribenten ausdrücklich in zwei Fällen für unschädlich, nämlich: 1) wenn sie erst bei der Fortsetzung des Besitzes eintritt; 2) wenn aus dem Zeitablaufe von 30 Jahren nur eine exceptio, nicht eine vindicatio abgeleitet wird. In Beziehung auf die präscribirenden Subjecte unterscheidet er die praescriptiones inter privatos von denen, bei welchen religiöse Institute betheiligt sind; letztere erwähnt er am Ende. Nur in Bezug auf diese enthalten die Kanonen etwas Eigenthümliches, nämlich hinsichtlich der Verjährungszeit zwischen kirchlichen Instituten. Gratian setzt hier überall, auch bei der 30jährigen Präscription, den Fall voraus, daß der Präscribent eine Sache besitze; ein Umstand, der nicht zu übersehen ist. Dies entspricht ganz seiner Aufgabe, indem die quaestio III., welche er an dieser Stelle beantwortet, war: An iura ecclesiarum praescriptione tollantur? Bei den kirchlichen Berechtigungen war bekanntlich eine iuris quasi possessio statthaft. Unberührt von ihm bleibt also die Verjährung solcher persönlicher Klagen, bei welchen der Schuldner sich nicht im Besitze einer fremden Sache befindet. In der Sache enthielt die angeführte Stelle Gratian's nichts Neues, wohl aber in der Form. Denn während man bisher in der Kirche das römische Recht in der Verjährungslehre gewohnheitsmäßig nach den Quellen und nach der Doctrin der Legisten angewendet hatte, erschien nun zum erstenmale in einem kanonischen Rechtsbuche eine klare und umständliche Darstellung der Erfordernisse der Präscription, und namentlich wurde die rechtliche Möglichkeit, auch mit mala fides einen Vortheil zu erlangen, in diesem kirchlichen Rechtsbuche ausdrücklich anerkannt. Daran mußten natürlich Manche Anstoß nehmen, zumal da man in jener Zeit nicht immer genau zwischen den Forderungen des Rechtes und der Moral unterschied. Nahe lag der Gedanke, daß es der sittlichen Würde und Reinheit des kanonischen Rechtes nicht angemessen sei, sondern Aergerniß errege, wenn die mala fides, welche die Kirche sonst als Sünde verdammte, in dem Institute der praescriptio durch die kirchenrechtliche Doctrin offen und unverhehlen als eine Quelle rechtlicher Vortheile dargestellt werde. Diese Ansicht konnte namentlich durch eine Stelle Augustin's unterstützt werden, wo des malae fidei possessor Erwähnung geschieht[608]). In dieser

608) Augustinus, de fide et operibus c. X. (in Opp. Venet. 1731. T. VI. p. 170.): Quid si, inquiunt, virgo nesciens viro nupserit alieno? Hoc si semper nesciat, numquam ex hoc erit adultera: si autem sciat, iam ex hoc esse incipiet, ex quo cum alieno viro sciens cubaverit. Sicut in iure praediorum tamdiu quisque bonae fidei possessor rectissime dicitur, quamdiu se possidere ignorat alienam; cum vero scierit, nec ab aliena possessione recesserit, tunc malae fidei perhibetur, tunc iuste iniustus vocatur.

Stelle weist Augustin nur auf die Analogie in der Benennung und in dem subjectiven Thatbestande hin, indem die virgo erst dann adultera genannt werden kann, wenn sie wissentlich bei dem vir alienus bleibt, wie der Besitzer erst dann malae fidei possessor heißt, wenn er wissentlich die res aliena behält. Von den civilrechtlichen Wirkungen der malae fidei possessio spricht Augustin gar nicht und auch Gratian giebt die ganze Stelle nicht bei der Ersitzung, sondern bei einer ganz anderen Materie[609]). Allein die odiose Zusammenstellung des malae fidei possessor mit der bewußten adultera und der Beisatz: tunc iuste iniustus vocatur, ließen sich immerhin benutzen, um vom sittlichen Standpunkte aus die Zulässigkeit der mala fides zu bestreiten. Erwägungen dieser Art bestimmten einen Kanonisten, jener ihm bedenklichen Stelle Gratian's eine andere Auctorität gegenüber zu stellen, welche die malae fidei possessio als kirchenrechtlich schlechterdings unzulässig erklären sollte. Zu diesem Behufe ergriff er ein zu ähnlichen Zwecken im Mittelalter öfter gebrauchtes Mittel, welches darin bestand, daß man einer Ansicht dadurch Eingang und Geltung im öffentlichen Leben zu verschaffen suchte, daß man sie in die Form von älteren Gesetzen oder Kanonen einkleidete und solche erdichtete Quellenstücke dann vermischt mit echten in Umlauf brachte, wodurch sie bei der Kritiklosigkeit des Zeitalters, auch wenn sie noch so plump abgefaßt waren, häufig genug Ansehen und Einfluß erlangten. In der, unter dem Namen Appendix concilii Lateranensis bekannten, Kanonensammlung finden sich in pars XXXVIII. zwei Kapitel, cap. V. mit der Inscription: Item gloriosus Clemens in libro stromatum, und cap. VIII. ohne Inscription[610]). Diese beiden Stellen gingen in die späteren Decretalensammlungen, zuletzt in die Gregor's IX. über, wo die erstere in dem Titel de praescriptionibus (II. 26.) als cap. 5. unter der Inscription Alexander III., die letztere in demselben Titel als cap. 3. unter der Ueberschrift Gregorius aufgeführt wird. Allein Alexander III. ist, wie Hildenbrand höchst wahrscheinlich gemacht hat, nicht der Urheber der ersteren Decretale. Zunächst findet sich in keiner anderen Decretale dieses Pabstes die geringste Spur einer

---

609) Can. 5. Caus. XXXIV. Qu. 1.

610) Cap. V. lautet: Vigilanti studio cavendum est (quod summa dimensio divini iudicii ab initio consueverit propria dimittere, aliena non appetere), ne malae fidei possessores simus in alienis praediis et rebus, maxime ecclesiasticis, quoniam nulla antiqua dierum possessio iure iuvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam noverit, se aliena possidere, cum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator, Origenis patruus, solum propter vitandum miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragennali possessioni vigorem legis imposuit; nobis autem in rebus tam cognitis quam latentibus placuit non habere vigorem. Cap. VII.: Sanctorum patrum auctoritates et humanae leges irrefragabiliter constituentes confirmaverunt, et nos in praesenti concilio cum omnibus, qui adsunt nobiscum, inviolabiliter confirmamus, ut omnes possessiones ad singulas provincias nostrorum fratrum pertinentes, a quibus per triginta annos possessae sunt quiete et sincere, absque synodali proclamatione perpetuo detineantur nullaque vox audiendi alicui adversario concedatur.

solchen Neuerung, indem er, wo er von den Präscriptionen spricht, sich auf das bisherige Recht beruft. Sodann ist in dem schwülstigen Machwerk so viel Seltsames, Unzusammenhängendes und Dunkeles, daß es nicht zu rechtfertigen wäre, wollte man diesem gelehrten und klaren Pabste dieses Machwerk zuschreiben [611]). Ebensowenig läßt sich für die zweite Stelle ein Gregor als Urheber auffinden. Eine frühere Spur dieses Kanon ist bisher nicht aufzufinden gewesen. Hildenbrand hat aber auch mit Glück den positiven Beweis zu führen gesucht, auf welche Weise in den späteren Sammlungen das erstere Stück zu der Inscription Alexander III., das letztere zu der Inscription Gregorius gekommen ist [612]). So falsch die Inscription ist, ebenso unecht ist der Text der fraglichen beiden Quellenstücke. Die Appendix concilii Lateranensis, welche sie zuerst enthält, ist ein durchgehends verdächtiges Machwerk. Sie rührt von einem unbekannten Verfasser wahrscheinlich aus der Zeit nach dem Jahre 1191 her. Das Verfahren des Verfassers bei Anlegung der Sammlung ist höchst willkürlich. Selbst die neueren Kanonen sind nicht wörtlich genau, sondern mit vielfachen willkürlichen Abänderungen gegeben. Die Quellenstücke vor Alexander III. sind aber ohne Auswahl, fragmentarisch, ungenau und oft ohne Inscriptionen in die Sammlung eingestreut und es kommen unter ihnen mehrfach falsche Stücke vor [613]). Zu diesen falschen Stücken gehören auch die obigen beiden Stellen, deren Inhalt vollkommen begreiflich ist, wenn sie nach der obigen Annahme zur Verbesserung Gratian's erdichtet worden sind. Gratian spricht nämlich in der gedachten Stelle zuerst von den civilen Präscriptionen und dann von den kanonischen. In Ansehung der ersteren erklärt er ausdrücklich in zwei Fällen die mala fides für zulässig. Dieser Erklärung gegenüber ist die dem Clemens zugeschriebene Stelle erdichtet. In dem ersten, auf die Ersitzung sich beziehenden, Theile derselben hat der Verfälscher augenscheinlich von der angeführten Stelle Augustin's Gebrauch gemacht [614]). Der zweite Theil der Stelle bezieht sich auf die praescriptio XXX vel XL annorum. Da Gratian die Zulässigkeit der mala fides bei derselben dadurch gerechtfertigt hatte, daß sie odio negligentiae eingeführt sei, so erklärt der Verfälscher diese ratio legis, welche Theodosius II. allerdings gehabt

611) Dies ist ausführlicher nachgewiesen von Hildenbrand a. a. O. S. 35 flg.

612) Hildenbrand a. a. O. S. 36. Ebenso ist die Inscription der Appendix zu cap. V.: Item gloriosus Clemens in libro stromatum (zu der in Note 610 angeführten ersten Stelle) unrichtig, indem sich in dem erwähnten Werke des Clemens Alexandrinus nichts Aehnliches findet, und Clemens, welcher im 2. Jahrhunderte lebte, natürlich der 30jährigen Verjährung keine Erwähnung thun konnte, welche erst im 5. Jahrhundert eingeführt worden ist. Derselbe ebd. S. 37.

613) Siehe über die Sammlung Theiner, Disquisitiones criticae in praecipuas canonum et decretalium collectiones. (Rom. 1836.) p. 4 sq.

614) Ausführlicher weist dies nach Hildenbrand a. a. O. S. 38.

hatte, vom kirchenrechtlichen Standpunkte aus für unstatthaft. Zwei Punkte in dieser Stelle haben die Ausleger seit alter Zeit zu enträthseln gesucht, nämlich die Ueberschrift, welche die stromata des Clemens als Quelle angiebt, und die Bezeichnung des jüngeren Theodosius als Ephesinus legislator, Origenis patruus 615). Wenn die Stelle echt wäre, so würde die Erklärung Schwierigkeiten haben. Mit der Gesammtabsicht des Verfälschers stehen dagegen diese Bezeichnungen vollständig im Einklange. Bei der im Abendlande zu dieser Zeit (zu Ende des 12. oder Anfang des 13. Jahrh.) seltenen Kenntniß der griechischen Sprache konnte der Verfälscher sich durch Angabe eines griechischen Schriftstellers als Quelle am leichtesten vor Entdeckung seiner Fälschung sichern und bei der Mannigfaltigkeit des Inhaltes der stromata ließ es sich denken, daß sie auch über die malae fidei possessio handelten. Die Entdeckung des Umstandes, daß Clemens lange vor dem jüngeren Theodosius, auf welchen sich in der Stelle berufen wird, lebte, welcher Umstand am leichtesten die Fälschung verrathen konnte, hat der Verfälscher durch die Bezeichnung des jüngeren Theodosius als Ephesinus legislator, Origenis patruus verschleiert. Er nennt deshalb den Theodosius nicht bei seinem Namen, sondern giebt ihm dafür die Bezeichnung Ephesinus legislator, ein Prädicat, welches ihm wegen seiner Berufung der Kirchenversammlung zu Ehpesus wohl gegeben werden konnte, aber, da es wenig gebräuchlich war, auch andere Deutungen nicht ausschloß. Zur noch mehreren Verdeckung des Anachronismus nennt er den Ephesinus legislator einen patruus des Origenes, welcher ein Schüler des Clemens, des angeblichen Verfassers dieser Stelle war. Wurde der Ephesinus legislator der Oheim eines Schülers des Clemens genannt, so war es klar, daß er kurz vor Clemens oder gleichzeitig mit diesem gelebt hatte. Im letzten Theile spricht die Stelle G r a t i a n ' s von der k a n o n i s c h e n Präscription der Kirchen und Klöster gegen einander, ohne daß hier der bona oder mala fides von neuem Erwähnung geschieht. Hier hatte also der Verfälscher nicht nöthig, die Stelle zu corrigiren, sondern nur zu ergänzen. Hierauf bezieht sich das in der Note 610 angeführte cap. VII. der Appendix, welches ohne Inscription und wohl eine Nachbildung des can. 17. des Conciliums zu Chalcedon (can. 1. Caus. XVI. Qu. 3.) ist, nur daß, während dort ein 30jähriger Besitz sine vi (ἀβιόστως) vorausgesetzt wird, hier verlangt wird, daß 30 Jahre lang quiete et sincere besessen worden sei. Durch diese Verfälschung, welche in die späteren Sammlungen überging, war somit dem älteren Kirchenrechte und besonders dem Decrete Gratian's eine Auctorität im gegentheiligen Sinne

615) Vgl. Püttmann, diss. de legislatore Ephesino (in dessen Probabil. iur. civ. lib. singul.) p. 164. Die verschiedenen Lesarten siehe bei Richter, Corp. iur. canon. not. 38. zu cap. 5. X. de praescript. (II. 26.). Vergl. auch Cironius, obs. iur. canon. I. 15. und Haenel, Theodosianus Codex ad L. 1. de action. certo tempore fin. (IV. 14.) col. 409. not. v.

gegenübergestellt. Indessen war es bei der versteckten Weise, in welcher der Verfälscher seine Machwerke dem Rechtsleben untergeschoben hatte, natürlich, daß sich die Aufmerksamkeit erst allmälig darauf lenkte und daß in der Praxis zunächst keine Kenntniß davon genommen wurde. Die feststehende Uebung ließ sich, diesen anscheinend alten Quellenstücken gegenüber, als ein neueres derogirendes Gewohnheitsrecht betrachten. Daher sagt Sicardus von Cremona in seiner Epitome Gratiani[616]) von den praescriptiones longissimi temporis Folgendes: his necessaria est temporis continuatio et bona fides secundum canones et aequitatem, non autem secundum leges et consuetudinem. Somit bestand zur Zeit des vierten Lateranensischen Concils in Ansehung des Erfordernisses der bonae fidei possessio bei den Präscriptionen ein Widerspruch zwischen der Praxis und der Lehre Gratian's auf der einen und jenen beiden für echt gehaltenen Quellenstücken auf der anderen Seite. Das Concil war dadurch zur Genüge veranlaßt, sich über diesen Punkt auszusprechen, und so entstand der berühmte Kanon, welcher als cap. 20. X. de praescript. (II. 26.) in die Decretalensammlung Gregor's IX. übergegangen ist, unter den Schlüssen des Concils aber die 20. Stelle einnimmt. Jedes Wort dieses Beschlusses wird durch das bisher Bemerkte erläutert. Die Worte: synodali iudicio definimus weisen darauf hin, daß die Versammlung hier eine Entscheidung über einen Punkt geben wollte, in welchem bisher ein Widerspruch der Quellen bestand. Die Worte: ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, erklären sich daraus, daß Gratian zuerst die durch das römische Recht, dann die durch das kanonische Recht begründeten Präscriptionen darstellte und jedes der beiden fingirten Quellenstücke eine dieser beiden Arten zum Hauptgegenstande hatte. Die Worte: cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, beziehen sich auf die beiden Stützpunkte der Ansicht Gratian's, das Civilrecht und die Praxis. Der Beisatz: quae absque mortali peccato non potest observari, erinnert an den Ausspruch Augustin's, durch welchen zwischen dem wissentlichen adulterium und der bonae fidei possessio eine Analogie angenommen worden war. Das Folgende: Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae, entspricht den Worten der Stelle Gratian's: Sufficit in initio cuique bona fide possidere coepisse, etiamsi medio tempore scientiam rei alienae habuerit. Der obige allgemeine Grundsatz, daß keine Präscription ohne bona fides stattfinde, hätte eigentlich ohnedem die mala fides superveniens ausgeschlossen. Weil indessen Gratian letztere ausdrücklich für zulässig erklärte, so zog die Synode diese Folgerung ebenfalls ausdrücklich und widerlegte ihn fast wörtlich. Endlich wurde die Entscheidung noch auf eine Stelle der heiligen Schrift ge-

616) In einer Handschrift der kgl. Bibliothek zu München (Cod. Lat. Ben. 55. 153.) fol. 47.

stützt[617]): Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, und dieselbe, wie häufig anderwärts, an die Spitze des Kanon gestellt. Daß Innocenz III. bei diesem Synodalschlusse die vom Verfälscher gebrauchte Stelle Augustin's im Auge hatte, läßt sich daraus schließen, daß er in einer anderen Decretale, wo er von einer wissentlich in incestuoser Ehe lebenden Frauensperson spricht[618]), die Entscheidung ganz mit denselben Worten nach dem Vorgange Augustin's motivirt. — An diese Geschichte der Entstehung der Bestimmungen des kanonischen Rechtes über die bona fides bei der Ersitzung und Klagenverjährung knüpft sich die Geschichte einer bis auf den heutigen Tag sich fortspinnenden Streitfrage über den wahren Sinn dieser Bestimmungen. Zunächst fragte es sich, ob diese Bestimmungen dem römischen Rechte bei seiner Anwendung in den weltlichen Gerichten derogirten oder sich zunächst auf die geistlichen Gerichte bezögen und nur indirect auf das weltliche Recht Einfluß dadurch übten, daß vom Gesichtspunkte der Sünde aus durch die denunciatio evangelica jede Sache vor das kirchliche Forum gezogen werden könnte. Ueber diese Zweifel erklärt sich die glossa ordinaria zu cap. 20. X. II. 26. Die Glosse enthält die ausdrückliche Bemerkung: licet non servetur in iudicio saeculari. Daraus ergiebt sich, daß die neuen kanonischen Bestimmungen in den weltlichen Gerichten vorerst noch keinen Eingang fanden. Selbst Innocenz IV. bemerkt in dem von ihm vor seiner Gelangung auf den päbstlichen Stuhl abgefaßten Commentar zu cap. 5. X. II. 26. folgendes: Sed quid ad papam de praescriptione inter laicos? Respondeo: ratione peccati hoc statuit, supra de iudiciis cap. novis. Dieses zuletzt erwähnte Kapitel (cap. 13. X. II. 1.) bezieht sich aber auf die denunciatio evangelica und es ergiebt sich daraus, daß der Pabst nur eine indirecte Beziehung jener Bestimmungen auf das weltliche Recht annahm. Dies erhellt auch aus einer Bemerkung, welche er bei der Erklärung des cap. 8. X. III. 49. macht, wo er von denjenigen spricht, welche nicht zur Restitution verbunden seien, indem er dort sagt: Item qui tutus est praescriptione odiosa bona fide vel etiam exceptione tantum, ubi tamen non fuerit crimen credo quod debet istud restituere, ut est in praescriptione XXX annorum, ubi nullus requiritur titulus, nec bona fides. Indessen entschied sich die communis doctorum opinio bald für die Ansicht, daß diese Kanonen dem Civilrechte derogirten[619]). Dagegen trat nun eine andere schwierigere Frage hervor, nämlich die, in welchen Fällen das cap. 20. X. II. 26. die bona fides fordere. Hostiensis[620]) näm=

---

617) Römerbrief Cap. 14, V. 23.

618) Cap. 13. X. II. 13.

619) Vgl. Panormitanus, comment. sup. decretal. ad cap. 20. X. II. 26. (Venet. 1617.) T. V. fol. 45.

620) Hostiensis, Summa lib. II. de praescript. rer. immob. quae rer. (Lugd. 1512.) fol. 126. c. 4.

lich und nach ihm Bartolus[621]) nahmen einen Unterschied zwischen Real- und Personalklagen an, in der Art, daß sie die Bestimmungen des kanonischen Rechtes über die bona fides nur auf die ersteren bezogen, indem sich nur bei ihnen eine possessio, also auch nur bei ihnen eine bona fides, ein redliches Bewußtsein über die Rechtlichkeit des Besitzes denken ließe. Die meisten Juristen jener Zeit entschieden sich jedoch für die entgegengesetzte Ansicht und forderten sowohl bei Realklagen als bei Personalklagen bona fides, nahmen also diesen Ausdruck nicht in der bis dahin technischen Bedeutung, nach welcher er sich speciell auf den Besitz bezog, sondern im gewöhnlichen moralischen Sinne. Eine Epoche in diesem Streite machte die genauere Abgrenzung der Streitfrage durch Cocceji, welcher darauf aufmerksam machte, daß ja auch bei manchen Personalklagen eine possessio einer fremden Sache vorkomme, also auch bei diesen sich von einer bona fides im technischen Sinne sprechen lasse. Er stimmt daher dem Bartolus nur darin bei, daß die Kanonen bei denjenigen Personalklagen nicht anwendbar seien, bei welchen der Schuldner nicht eine fremde Sache besitze, sondern de suo schulde[622]). Diese Ansicht und diejenige, welche auch bei der Klagenverjährung ganz allgemein guten Glauben verlangte, bilden nun die beiden Hauptgegensätze, in welchen sich bis auf den heutigen Tag diese Streitfrage bewegt. Einige neuere Juristen setzten jedoch der Anwendbarkeit der Kanonen noch engere Schranken als Cocceji und seine Nachfolger, indem sie dieselben blos auf die Usucapion bezogen[623]). Zur Rechtfertigung berief man sich auf cap. 3. de regulis iuris in VI., wo es heißt: Sine possessione praescriptio non procedit, und folgerte daraus, das kanonische Recht begreife die Klagenverjährung, bei welcher ein Besitz größtentheils nicht vorkomme, gar nicht unter dem Ausdrucke praescriptio; die Bestimmungen des kanonischen Rechtes über die bona fides hätten also auf die Klagenverjährung gar keinen Bezug. Dies ist aber unrichtig[624]). Das Wahre ist, daß allerdings praescriptio, ganz abweichend vom römischen Sprachgebrauche, die Usucapion mit umfaßt; daß aber unter diesem Ausdrucke blos die Usucapion und gar nicht die Klagenverjährung verstanden werden sollte, ist sogar fast unmöglich. Das kanonische Recht erkennt die Klagenverjährung auch an; da es nun aber keinen besonderen Kunstausdruck dafür hat, so mußte es wohl den aus dem römischen Rechte entlehnten dafür beibehalten. Auch findet sich eine Decretale von Alexander III., worin der Ausdruck praescriptio gerodezu auf die

621) Bartolus, ad L. 4. §. 27. D. de usurpat. et usucap. Opp. Venet. 1615. T. V. fol. 90.

622) Henr. de Cocceiis, de finibus bonae fidei in praescriptionibus de iure canonico. 1694. (in dessen Exercit. iur. I. p. 1476.).

623) Boden, de praescriptione ex solo temporis lapsu procedente. (Hal. 1750.) §. 13—22. Seuffert, Erörterungen Th. 1, S. 137. Kierulff, gem. Civilrecht Th. 1, S. 206—209.

624) Vgl. Savigny, System Bd. 5, S. 332 flg.

Ausschließung der Klage bezogen wird [625]). Was insbesondre jene Stelle des liber sextus anlangt, so ist dieselbe aus einer Stelle des römischen Rechtes [626]) entstanden, wo es heißt: Sine possessione usucapio non procedit. Der Ausdruck praescriptio statt usucapio ist deshalb gesetzt worden, weil ersterer Ausdruck dem Ende des 13. Jahrhunderts, worin jene Decretalensammlung erschien, weit geläufiger war als letzterer. Savigny glaubt, Dinus, der Verfasser des liber sextus, würde sich bei größerer Ueberlegung gesagt haben, daß der Ausdruck praescriptio zu allgemein sei, indem er z. B. die Verjährung der Darlehensklage ausschließe. Allein diese Annahme ist nicht begründet [627]). Vielmehr nahm Dinus den Ausdruck praescriptio mit Vorbedacht im allgemeinsten Sinne; dagegen nahm er den Ausdruck possessio in einer viel weiteren Bedeutung als das römische Recht, und zwar so, daß er ihn auch auf alle rein persönlichen Klagen bezog [628]). In derselben weiten Ausdehnung wie Dinus nimmt Accursius den Quasibesitz, indem er ihn auch auf Personalklagen bezieht [629]). Hiernach ist die Ansicht, daß das kanonische Recht unter praescriptio nur die Usucapion begreife und das Erforderniß der bona fides auf diese beschränke, unrichtig. — Es sind nun noch zwei Meinungen zu erwähnen, die eine, welche die bona fides nach dem kanonischen Rechte nur bei denjenigen persönlichen Klagen für erforderlich hält, welche auf Restitution einer unrechtmäßig besessenen Sache gehen [630]), welche Meinung unserem Erachten nach die richtige ist; die andere, welche sie auch bei den übrigen persönlichen Klagen, also bei der Klagenverjährung überhaupt in ihrem ganzen Um-

---

625) Cap. 6. X. II. 26.: ... quadragenualis praescriptio omnem prorsus actionem excludit. Obgleich in dem vorliegenden Falle von besessenen Zehenten die Rede war, worin die Klagenverjährung mit der Usucapion zusammenfiel, so geht doch der Ausdruck der zum Beweise der einzelnen Entscheidung angeführten allgemeinen Rechtsregel auf die Verjährung der Klage.

626) L. 25. D. 41. 3.

627) Vgl. Hildenbrand a. a. O. S. 46 flg.

628) Dies ergiebt sich aus seiner Lectura de regulis iuris in VI., wo er zur obigen Regel voc. praescriptio bemerkt: Large ponitur, ut tam usucapionem triennii quam praescriptionem X vel XX annorum vel XXX vel XL vel etiam magis longaevam contineat: licet enim in vera et propria significatione praescriptio ad immobilia, usucapio vero ad mobilia pertineat, tamen legislatores promiscue utuntur istis vocabulis referendo communiter ad mobilia et immobilia. Und weiter unten: Sed opponitur et videtur, quad praescriptio sine possessione procedat; certum est enim, quod incorporalia non possidentur — et tamen praescribuntur aliquando spatio XX vel XXX annorum, aliquando spatio temporis, cuius non extat memoria. — Sed dic, quod incorporalibus est quaedam quasipossessio, quae illud operatur, quod operatur vera possessio circa corporalia.

629) Die Glosse zu L. 3. C. VII. 39. bemerkt: Sed quomodo iuri incorporali vel actioni personali praescribitur, cum ab adversario nihil possideatur? Resp. quasi possidetur.

630) Unter den neueren Vertheidigern dieser Ansicht sind besonders Möllenthiel, Unterholzner und Savigny zu nennen.

fange verlangt[631]). Der Gegensatz zwischen diesen beiden Ansichten ist nicht unpassend so ausgedrückt worden: ob die bona fides nöthig sei, blos bei der Klage gegen den debitor rei alienae oder auch gegen den debitor rei propriae. Die Differenz der beiden Meinungen ist praktisch höchst wichtig. Denn die wahre Bedeutung der zweiten Meinung kann nur die sein, daß die Verjährung ausgeschlossen sein soll, wenn der Schuldner in irgend einem Augenblicke das Bewußtsein der Schuld hatte, indem man nun annehmen müsse, daß er mala fide unterlassen habe, den Gläubiger zu befriedigen. Dadurch aber würde das so wohlthätige Institut der Klagenverjährung fast ganz vernichtet werden, da alle Schuldner aus Verträgen oder Delicten wenigstens im Anfange das bestimmte Bewußtsein ihrer Schuld haben und es überhaupt nur sehr seltene Fälle der Obligationen giebt, worin der Schuldner zu allen Zeiten ohne dieses Bewußtsein geblieben sein kann. Von den Vertheidigern dieser zweiten Meinung werden drei Gründe für dieselbe angeführt, erstens, der allgemeine Ausdruck der Decretalen, zweitens, der allgemeine sittliche Beweggrund, drittens, die natürliche Billigkeit. Was den ersten Grund betrifft, so lautet der Ausdruck der Decretalen allerdings sehr allgemein, indem es darin namentlich heißt: nulla praescriptio. In den beiden Decretalen (cap. 5. 20. X. II. 26.) ist aber stets nur von Besitzern fremder Sachen die Rede sowie von der conscientia rei alienae, welche Ausdrücke unmöglich von nicht zahlenden Schuldnern gebraucht werden können. In dieser Beziehung ist nun aber insbesondre die oben vorgetragene Geschichte der Entstehung des lateranensischen Kanon (cap. 20. X. II. 26.) wichtig, welche entschieden für die engere Auffassung jenes Kanon spricht, nach welcher er sich nur auf solche persönliche Klagen bezieht, bei welchen der Beklagte eine fremde Sache besitzt. Denn jener Kanon ist, wie gezeigt wurde, nicht improvisirt, sondern bezieht sich auf einen concreten Widerstreit früherer Quellenstücke unter einander; muß also auch aus diesen Quellenstücken erklärt werden. Da nun dieselben alle, nämlich Gratian, Augustin und die beiden erdichteten Kapitel die bona fides in dem technischen Sinne, nämlich als auf den Besitz bezüglich, auffassen, so muß auch der lateranensische Kanon, welcher aus ihnen hervorging, mit ihnen fast wörtlich übereinstimmt und sich selbst als eine Entscheidung ihres Widerstreites ankündigt, in diesem Sinne verstanden werden. Ueber die Nothwendigkeit einer bona fides bei rein persönlichen Klagen ohne Besitz war nie Streit und konnte kein Streit entstehen. Daß die Synode die Beziehung der bona fides auf den Besitz nicht aus den Augen verlor, ist außerdem auch aus dem äußeren Umstande erkennbar, daß in den Concilienacten der fragliche Kanon mit den Kanonen über den Besitz

---

631) Vertheidiger dieser Meinung sind fast alle älteren Praktiker, aber auch neuere Schriftsteller. Vgl. die Citate bei Savigny a. a. O. Bd. 5, S. 331, Note l.

zusammengestellt ist. Can. 39. handelt nämlich: De restitutione danda contra possessorem. Can. 40. De vera possessione. Can. 41. De continuatione bonae fidei in omni praescriptione. Nach der ganz richtigen Bemerkung von Savigny[632]) führt auf die Beschränkung der beiden Decretalen (cap. 5. und 20. X. II. 26.) auf Besitzer fremder Sachen auch schon der dem römischen Rechte entlehnte Ausdruck mala fides, mit seinem Gegensatze, der bona fides, indem diese Ausdrücke bei den Römern nicht etwa die Redlichkeit oder Unredlichkeit in jeder möglichen Anwendung, sondern nur in der besonderen Anwendung auf den unredlichen Besitz bezeichnen; wo aber in anderen Anwendungen das unredliche Bewußtsein bezeichnet werden soll, wird regelmäßig der Ausdruck dolus gebraucht. Der Ausdruck bona fides bezeichnet allerdings bei den Römern die Redlichkeit in weiterer möglicher Anwendung, namentlich bei Verträgen. Daß in den Fällen, worauf nach der hier gebilligten Ansicht die Nothwendigkeit der bona fides bezogen wird, oft gar kein juristischer Besitz (mit animus possidendi) vorhanden ist, kann nicht gegen dieselbe geltend gemacht werden, da das Dasein des juristischen Besitzes ganz gleichgiltig ist; denn gerade in der Lehre von der Eigenthumsklage, worin doch vorzugsweise der Unterschied der bonae fidei possessores und malae fidei possessores sehr erheblich ist[633]), wird der Ausdruck possessor im weitesten Umfange genommen, so daß er auch da die bloße Detention, ohne animus possidendi, mit umfaßt[634]). Der Ausdruck conscientia rei alienae darf nicht so eng aufgefaßt werden, daß man darunter ausschließlich das Bewußtsein des fremden Eigenthums versteht, mithin das unredliche Bewußtsein über des Gegners Pfandrecht, Emphyteuse, Interdictenbesitz u. s. w. für gleichgiltig erachtet; sondern es ist vielmehr jede, irgend ein Besitzverhältniß des Beklagten betreffende, Unredlichkeit, d. h. diejenige, welche sich auf eine ihm angesonnene Restitution bezieht, unter jenem Ausdrucke zu verstehen. Was den zweiten Grund für die Meinung, daß die Vorschrift des kanonischen Rechtes über die bona fides bei der Verjährung auf die Klagenverjährung in ihrem ganzen Umfange zu beziehen sei, anlangt, so besteht dieser in dem, in den Decretalen ausgedrückten sittlichen Beweggrunde, in der Sorge für Abwendung der Sünde, welche in allen solchen Fällen dieselbe sei. Dieses Letztere ist aber mit Savigny gänzlich zu verneinen, da in beiden Fällen, in dem einer persönlichen Klage auf Restitution einer dem Beklagten nicht gehörigen Sache und in dem anderer persönlicher Klagen, die Lage des Beklagten wesentlich verschieden ist. Das Unterlassen der Bezahlung einer Schuld wird in sehr vielen Fällen auf keinem bösen Willen beruhen; es kann seinen Grund haben in wirklicher oder vermeintlicher Connivenz des Gläubigers

632) Savigny a. a. O. Bd. 5, S. 336 flg.
633) L. 22. C. III. 32
634) L. 9. D. 6. 1.

oder darin, daß der Schuldner gerade kein Geld vorräthig hat (wobei gar nicht immer an Armuth oder Zahlungsunfähigkeit zu denken ist) oder darin, daß eine übergebene Rechnung verlegt und dann vergessen wird. In allen diesen Fällen läßt sich zu keiner Zeit eine Unredlichkeit und Sünde behaupten. Ganz anders verhält es sich bei dem abgeforderten Besitze, dessen Unrechtmäßigkeit der Besitzer kennt und dessen Restitution ihm nicht wohl aus zufälligen Gründen unmöglich sein wird. Hier sind die Fälle der Schuldlosigkeit eben so selten, als sie dort häufig vorkommen werden. Dagegen liegt in dem angeführten sittlichen Motiv ein wichtiger Grund, der hier gebilligten Meinung vor den übrigen den Vorzug einzuräumen. Das Verhalten z. B. des Abmiethers, welcher gegen die actio locati die Verjährung geltend macht, obgleich er irgend einmal wußte, daß er die Sache herausgeben müsse, ist ebenso unsittlich als das des unredlichen Besitzers, welcher ersitzen oder sich gegen die Vindication des Eigenthümers auf Klagenverjährung stützen will; alle diese Fälle stehen, vom moralischen Gesichtspunkte aus, auf gleicher Linie. Anlangend den dritten, für die Anwendung der Bestimmungen des kanonischen Rechtes auf die Klagenverjährung in ihrem ganzen uneingeschränkten Umfange geltend gemachten Grund, die natürliche Billigkeit, so wird diese von den Anhängern dieser Meinung so verstanden, daß alle Verjährung ein Institut des positiven Rechtes, also dem Naturrechte entgegen sei. Obwohl nun allerdings die Verjährung ein positives Institut ist, so darf dies doch nicht hindern, sie als ein sehr wohlthätiges Rechtsinstitut anzuerkennen und nicht bestimmen, ihre wohlthätige Wirksamkeit durch grundlose Einschränkungen zu schwächen, ja zu vernichten. Ganz entscheidend aber gegen diese Meinung ist die Vergleichung derselben mit den allgemeinen Gründen, wodurch die Einführung der Verjährung bewirkt worden ist. Unter diesen nimmt die Präsumtion der Tilgung desjenigen Rechtes, welches durch die Klage verfolgt werden soll, eine besonders wichtige Stelle ein[635]). Der Sinn dieser Vermuthung besteht in der Unwahrscheinlichkeit, daß der Berechtigte seine Klage so lange versäumt haben würde, wenn nicht das Recht selbst auf irgend eine, jetzt nur nicht erweisliche, Art wirklich aufgehoben worden wäre, wobei die Art dieser Aufhebung völlig dahingestellt bleibt. Diese Unwahrscheinlichkeit ist recht eigentlich passend nur bei persönlichen Klagen, und zwar vorzugsweise bei Klagen auf Geldschulden, weil hier die regelmäßige Tilgung in einer spurlos vorübergehenden Handlung besteht, deren Beweis oft durch den Verlust der Quittung unmöglich wird. Wird nach mehr als 30 Jahren eine Kaufmannsrechnung eingeklagt, so ist vielleicht durch alte Briefe die anfängliche Bekanntschaft des Beklagten mit dieser Schuld erweislich; dadurch wird aber durchaus nicht die Wahrscheinlichkeit vermindert, daß die Rechnung in dieser langen Zeit irgend einmal bezahlt sein werde. Es läßt sich sogar be-

635) Vgl. Savigny a. a. O. Bd. 5, §. 237, S. 268 flg.

haupten, daß diejenigen, welche die bona fides bei allen Klagen für nothwendig halten, die Vermuthung der Tilgung als Grund der Verjährung eigentlich ganz aufgeben. Denn die Tilgung einer Schuld geschieht, mit sehr seltenen Ausnahmen, durch freiwillige Handlungen des Schuldners; diese setzen Bewußtsein der Schuld nothwendig voraus, welches aber doch nach jener Meinung die Verjährung hindern soll. Ganz anders verhält es sich bei den Klagen auf Restitution des Besitzes. Der noch jetzt in den Händen des Beklagten befindliche Besitz beweist, daß eine unmittelbare Tilgung nicht stattgefunden haben kann; eine indirecte Tilgung aber, etwa durch Geldabfindung, würde ein neues Rechtsgeschäft voraussetzen, für dessen Annahme sich unmöglich eine ähnliche Vermuthung behaupten läßt, wie für die Annahme der in der natürlichen Entwickelung der Geldschulden liegenden baaren Zahlung. Nach allem diesem kann man nur die Meinung für richtig halten, welche die Bestimmungen des kanonischen Rechtes über die bona fides auf diejenigen persönlichen Klagen beschränkt, durch welche Restitution einer dem Beklagten nicht gehörigen Sache gefordert wird. Das Dasein des redlichen Bewußtseins (bona fides) wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein Rechtsirrthum zum Grunde liegt [636]). Denn die Redlichkeit des Bewußtseins, welche das kanonische Recht allein fordert, ist eine Thatsache, für deren Dasein der Entstehungsgrund, liege derselbe auch in einem Rechtsirrthume, ganz gleichgiltig ist. Die buchstäbliche Vorschrift des kanonischen Rechtes hindert also die auf einem Rechtsirrthume beruhende Klagenverjährung nicht. Zu gleichem Resultate führt aber auch der Grund dieses Gesetzes, welcher darin gesetzt wird, daß vor allem die Sünde vermieden werden müsse („quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est"). Nun kann Niemand behaupten, daß der Rechtsirrthum eine sündliche Natur an sich trage. Dafür entscheidet auch die augenscheinliche Analogie der Behandlung des Beklagten, wenn er bonae fidei possessor ist, bei angestellter Erbschaftsklage [637]). Denn wenn hier der Rechtsirrthum den Beklagten nicht hindert, die Vortheile des redlichen Besitzes im Falle der Verurtheilung zu genießen, so läßt sich kein Grund denken, warum er den Vortheil der Klagenverjährung sollte verhindern können. — Es bedarf übrigens kaum noch schließlich der Bemerkung, daß, da die Bestimmungen des kanonischen Rechtes über die bona fides sich auf alle Verjährungsarten, welche einen Besitz oder Quasibesitz voraussetzen, beziehen, dieselben ebensowohl bei der Ersitzung von Servituten und anderen dinglichen Rechten, als auch bei der aufhebenden Verjährung solcher Rechte, wenn solche in einer usucapio libertatis besteht, angewendet werden müssen [638]). Es gilt dies auch von den

636) Vgl. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 3, Beilage VIII, Nr. XXIII, S. 398—403.

637) L. 25. §. 6. D. 5. 3.

638) Vgl. den Artikel Servituten Bd. X, S. 295 flg., 333.

kirchenrechtlichen und teutschrechtlichen Befugnissen, bei welchen ein Quasibesitz stattfindet.

BB. Erfordernisse der Ersitzung. 1) Besitz. Schon im Begriffe der Ersitzung liegt, daß ein Besitz als wesentlich nothwendig vorausgesetzt werden muß. So ist der Besitz nothwendiges Erforderniß der usucapio[639]), wie nicht weniger der longi temporis praescriptio[640]). Die praescriptio XXX vel XL annorum setzt, insofern sie einen Schutz gegen dingliche Ansprüche gewähren soll, Besitz ebenfalls als nothwendig voraus. Gleichgiltig ist es, ob es ein unmittelbar erworbener oder durch Stellvertreter ausgeübter Besitz ist. Ueberhaupt gelten in Ansehung der körperlichen Erwerbung des Besitzes die allgemeinen in der Besitzlehre geltenden Grundsätze. Dagegen läßt sich nicht allgemein angeben, wie der Besitz in rechtlicher Beziehung beschaffen sein müsse.

2) Redlichkeit des Besitzes (bonae fidei possessio)[641]). a) Im allgemeinen. Im kanonischen Rechte findet sich nach der vorigen Ausführung die Redlichkeit des Besitzes als allgemeines Erforderniß einer jeden Verjährung, welche mit einem Besitze oder Quasibesitze in Beziehung steht. Im römischen Rechte wird sie nur bei der usucapio und longi temporis praescriptio als allgemein nothwendig erwähnt[642]). Die praescriptio XXX vel XL annorum ist an sich von der Redlichkeit des Besitzes unabhängig[643]); erst von Justinian ist sie hier berücksichtigt worden. Sie kommt aber bei dieser nur dann in Betracht, wenn der Besitzer einer Sache durch 30jährigen oder 40jährigen Besitz klagbare Ansprüche, namentlich Eigenthum erwerben, nicht aber, wenn er sich blos im Besitze behaupten will[644]). Es liegt darin eine Nachahmung des bei der usucapio geltenden Rechtes. Auch das Erforderniß redlichen Besitzes bei der longi temporis praescriptio ist Nachahmung der usucapio. In Ansehung der usucapio ist es weder erweislich, noch wahrscheinlich, daß in den 12 Tafeln etwas ausdrücklich über dieses Erforderniß bestimmt worden ist; aber es kann wohl nicht angenommen werden, daß man zur Zeit der 12 Tafeln auch dem unredlichen Besitzer die Vortheile der usucapio habe zu Gute kommen lassen. Dazu führt schon, daß das Verbot der Usucapion der res furtivae auf die 12 Tafeln zurückgeführt wird; es läßt dies wenigstens

---

639) L. 25. L. 44. §. 7. D. 41. 3.

640) L. 2. 9. C. VII. 33.

641) Ueber bonae fidei possessio und deren Gegentheil, die malae fidei possessio, vgl. Meister, diss. de fide eiusque iure in usucapione et praescriptione (in den select. opusc. (Gotting. 1766.) p. 1—75.), besonders aber Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 94—121.

642) Für die usucapio giebt es zahlreiche Beweisstellen, die anzuführen nicht nöthig ist; es genüge pr. Inst. II. 6. Für die longi temporis praescriptio sind anzuführen: L. 11. D. 44. 3. L. 2. 6. 9. C. VII. 33. L. 1. C. VII. 34.

643) L. 2. C. VII. 39.: ... cum lex Constantiniana iubeat ab his possessoribus initium non requiri ... Vgl. L. 8. §. 1. C. eod.

644) L. 8. §. 1. C. VII. 39.

schließen, daß dem Diebe selbst schon nach den 12 Tafeln ein Usucapion unmöglich war. Daß Tryphoninus[645]) die usucapio das älteste Recht des redlichen Besitzers nennt, beweist wenigstens, daß nach seiner Ansicht die usucapio schon ihrer Natur nach mit dem redlichen Besitze in Verbindung stand. Wenn man auf der einen Seite nicht behaupten kann, daß man zur Zeit der 12 Tafeln von dem Erfordernisse des redlichen Besitzes noch nichts gewußt habe, so läßt sich auf der anderen Seite nicht annehmen, daß schon zu dieser alten Zeit der Begriff des redlichen Besitzes so scharf bestimmt gewesen sei, wie er sich in den Schriften aus der Blüthezeit des römischen Rechtes vorfindet; diese genauere Bestimmung ist der Jurisprudenz zuzuschreiben. Erst durch Gajus sind Fälle bekannt geworden, in welchen auch noch zur Zeit der Pandektenjuristen der unredliche Besitzer durch usucapio erwerben konnte[646]). Es sind dies folgende: 1) die usucapio pro herede. Hat nämlich ein Unbefugter eine zu einer Erbschaft gehörige Sache in Besitz genommen, ehe der Erbe zu deren Besitz gelangt ist, so kann die usucapio ohne alle Rücksicht auf Redlichkeit des Besitzes eintreten[647]). Nach der Bemerkung des Gajus[648]) wurde diese usucapio pro herede auch lucrativa usucapio genannt, „nam sciens quisque rem alienam lucrifacit". Es lag darin eine auffallende Unbilligkeit, daher Gajus diese usucapio selbst eine improba nennt[649]); diese wurde aber dadurch motivirt, daß die Antretung der Erbschaften mehr beschleunigt werden sollte, was theils aus Rücksicht auf die sacra privata, theils aus Rücksicht auf das Beste der Gläubiger sehr wünschenswerth schien. a) Es ließ sich eine doppelte Auffassung des Objectes dieser Usucapion denken. Man konnte sagen: indem Jemand als universeller Nachfolger des Verstorbenen Erbschaftssachen in Besitz nimmt, ergreift er dadurch die Erbschaft und macht sich durch Usucapion zum heres. Man konnte aber auch sagen: wer pro herede usucapiren will, eignet sich nur die Erbschaftssachen, d. h. die Erbschaft, insoweit sie in den in Besitz genommenen Sachen ist, an und wird auch durch die Usucapion nur Eigenthümer dieser Sachen, nicht Erbe. Die erstere Ansicht war nach Gajus[650]) die ältere, die letztere die neuere. Daß die ältere Ansicht noch

645) L. 12. §. 8. D. 49. 15.

646) Vgl. über diese Fälle besonders Huschke, über die usucapio pro herede, fiduciae und ex praediatura, in der Zeitschrift für gesch. RW. Bd. XIV, S. 145—273. Ueber die usucapio pro herede ist seit der Entdeckung der echten Institutionen des Gajus sehr viel, über die usureceptio fiduciae und über die usureceptio ex praediatura sehr wenig geschrieben worden, was sich aus der noch praktischen Bedeutung der ersteren erklärt, welche den beiden letzteren völlig abgeht. Eine Aufzählung der verschiedenen Schriften kann für jetzt unterbleiben, sie werden gelegentlich angeführt werden.

647) Gai. Inst. Comm. II. §. 52.

648) Gai. II. 56.

649) Gai. II. 55.

650) Gai. II. 54.

zu Cicero's Zeit gegolten habe, dafür sprechen scheinbar einige Stellen dieses Schriftstellers [651]). Allein andere Stellen desselben Schriftstellers zeigen, daß nicht blos zu seiner Zeit, sondern schon viel früher durch die pro herede usucapio nur der Erbschaft Sachen entzogen, nicht die Erbschaft selbst erworben wurde. Wenn er [652]) die hereditas definirt als: pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure, nec ea aut legata testamento aut possessione retenta, so gehen die beiden letzten Worte ohne Zweifel auf die Usucapion pro herede, welche das in Besitz Genommene dem die Erbschaft vindicirenden heres gegenüber zu behalten berechtigt, zeigen aber auch, daß die usucapirte pecunia nicht selbst hereditas war. Eine ähnliche Ansicht liegt auch der späteren Bestimmung über die sacra privata des Verstorbenen zum Grunde, wonach zuerst die heredes, dann derjenige, welcher von Todeswegen (also z. B. auch durch pro herede usucapio) oder durch Legat ebensoviel wie die Erben zusammengenommen, erhalten hat: tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae eius fuerint, cum moritur, usu ceperit plurimum possidendo, sie übernehmen soll [653]). Dagegen scheint nach der älteren Lehre [654]): hereditate, aut si maiorem partem pecuniae capiat; aut si maior pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit, die usucapio pro herede noch als ein der testamentarischen oder gesetzlichen Erbfolge nur mit minderem Rechte coordinirter Erwerb der hereditas selbst gedacht zu werden, dergestalt, daß, wer neben dem heres oder den heredes selbst Erbschaftssachen in Besitz genommen hatte, zugleich die Hälfte der hereditas und die in Besitz genommenen Sachen durch Verjährung erwarb, auf welche Weise er dann maiorem partem pecuniae als der Erbe selbst erhielt, wenn die von ihm in Besitz genommenen Sachen mehr betrugen als die, welche die Erben besaßen. Während nämlich nach der neueren Theorie über den Uebergang der Last der sacra privata die Usucapienten pro herede neben vorhandenen heredes ganz unberücksichtigt bleiben, während sie nur neben den Legataren vorkommen oder selbst erst auf diese folgen, und mehrere solche Usucapienten, von denen einer das Meiste erworben hat, vorausgesetzt werden — was Alles auf einen dem Erbschaftserwerbe ganz fremden bloßen Erwerb von Sachen der Erbschaft hindeutet, welcher selbst noch dem des Legatars nachsteht, — stellt die ältere Theorie sie vor die Legatare unmittelbar nach und zu den heredes, verpflichtet sie also auch dann, wenn heredes vorhanden sind, und geht nicht so wie bei den Legataren von der Voraussetzung aus, daß eine Mehrheit von Personen etwas von dem die Hälfte übersteigenden Theile erlangt habe, sondern vielmehr von der Voraussetzung, daß Einer diesen Theil ganz erlangt habe, — alles Be-

651) Cicero, ad Att. I. 5. Orat. pro Flacco cap. 34. Die Stellen sind abgedruckt bei Huschke a. a. O. S. 154.
652) Cicero, Top. cap. 6.
653) Cicero, de legib. II. 19.
654) Cic. ibid.

weisgründe dafür, daß man sich den Usucapienten pro herede als einen Universalsuccessor, als solchen den Legataren noch vorgehend, und unter der maior pars pecuniae zugleich einen idealen Theil der Erbschaft dachte. Ein weiterer Beweis für die Angabe des **Gajus**, daß die possessio et usucapio pro herede einst auf die hereditas selbst bezogen worden sei, dürfte in der prätorischen bonorum possessio zu finden sein [655]). Diese ist wohl ursprünglich weiter nichts, als eine prätorische Regulirung der eigenmächtigen Besitznahme des Nachlasses zum Behufe der Verjährung, wie besonders das nur auf körperliche Sachen sich beziehende interdictum: Quorum bonorum beweist. Versteht nun der Prätor unter bona hier die universitas bonorum, so muß auch das eigenmächtige Besitzergreifen vom Nachlasse wenigstens ursprünglich diesen Gegenstand gehabt haben, wenn es auch zur Zeit des Ursprunges der prätorischen bonorum possessio nur noch eine Usucapion der körperlichen Sachen zur Folge hatte. Eben darauf führt dann auch die Einfachheit der ältesten Zeit, in welcher der Nachlaß eines Römers, auch der Erscheinung nach, eine um sein Grundstück sich gruppirende Einheit bildete und das Aeußere und Innere des Vermögens (res hereditariae und hereditas) noch so unentfaltet zusammenlagen, daß man einerseits auch das Grundstück heredium nannte, und demgemäß auf der anderen Seite auch das Innere als etwas durch das Aeußere Besitzbares betrachten mußte. Mit zunehmender Entwickelung der Staats- und Rechtsverhältnisse trat aber Inneres und Aeußeres auch in der Hinterlassenschaft immer mehr auseinander. Der Prätor, welcher mit obrigkeitlicher Gewalt objective Rechtssätze einführte und mit seiner bonorum possessio zugleich die Unbilligkeiten der civilen Erbfolge ausgleichen wollte, konnte und mußte nun zwar seine bonorum possessio fortwährend als eine Universalsuccession auffassen. Dieser Gesichtspunkt mußte mit der Zeit immer entschiedener aufgefaßt und damit die bonorum possessio der hereditas immer mehr angenähert werden, weil das Interesse, das Civilrecht zu ergänzen und zu verbessern, über das Interesse, die Ordnung bei der possessio hereditatis aufrecht zu erhalten, immer mehr das Uebergewicht erhielt. Anders war es mit dem Besitze pro herede zum Behufe der Verjährung, dessen Beurtheilung der Jurisprudenz nach seiner natürlichen Wahrheit anheim fiel. Hier mußte man, sobald jene Scheidung des Inneren und Aeußeren erfolgte, und je weiter sie fortschritt, immer mehr zur Erkenntniß kommen, daß die hereditas als solche nicht, sondern nur die res hereditariae des Besitzes fähig seien. Das nächste Stadium dieser Entwickelung zeigt nun jene ältere Theorie über diejenigen, welche die Last der sacra privata zu übernehmen haben, in welcher zwar noch die hereditas selbst, aber doch nur als pecunia und mit den res hereditariae, soweit man sie in Besitz genommen hatte, usucapirt und dieser Universalerwerb bereits dem eigentlichen „heredem esse" als ein secun-

655) Vgl. **Huschke** a. a. O. S. 157 flg.

därer entgegengesetzt wurde. In der Folge aber schied man scharf zwischen dem rein ideal gewordenen Inbegriffe des oft in vielen Landgütern, Häusern u. s. w. sehr zerstreut umherliegenden Nachlasses und diesen körperlichen Sachen, aus welchen er bestand. Der erstere, als etwas Unkörperliches, ließ keinen Besitz zur Usucapion mehr zu, wohl aber die letzteren, bei welchen jedoch darin keine Aenderung eintritt, daß sie immer noch als anscheinende, verkörperte Erbschaft, nicht als einzelne Sachen aus der Erbschaft und daher auch immer noch als eine der ceterae res in einem Jahre usucapirt wurden [656]). Eine sich von selbst ergebende Folgerung daraus, daß pro herede nicht die Erbschaft als solche, sondern nur insofern sie in der einzelnen Sache zur Erscheinung kommt, besessen wird, ist die, daß der Usucapion entzogene Sachen, obschon die Gründe dieser Entziehung in der Natur der einzelnen Sache als solcher liegen, doch auch pro herede nicht usucapirt werden können [657]). Zwar hatte die Bezeichnung „pro herede possidere" in der hereditatis petitio und in dem interdictum: Quorum bonorum im übrigen ganz denselben Sinn, wie in der Lehre von der Usucapion [658]); daran aber konnte nicht gedacht werden, daß jemals der iuris pro herede possessor, z. B. ein Erbschaftsschuldner auch pro herede hätte usucapiren können [659]); denn ein solches Verhältniß ist keine des Besitzes und der Usucapion fähige Sache. b) Hinsichtlich des Titels erfordert die Usucapion einzelner Sachen, daß man den Besitz auf Grund einer Uebertragung, durch welche im Verkehr Sachen erworben zu werden pflegen, ergriffen habe; denn nur darin liegt für den Wechsel des Besitzes wie des Eigenthumes aus einem Vermögen in das andere ein rechtlicher Anfang des Willens, die Sache als die seinige zu haben, welcher Anfang nöthig ist, wenn die Usucapion soll vor sich gehen können; die äußerste Grenze dieses Anfanges ist, daß, wenn auch ein solches Geschäft nicht wirklich vorgekommen wäre, man wenigstens gerechte Gründe zu der Meinung gehabt haben muß, es sei abgeschlossen worden. Im Falle des Erwerbes eines

---

656) Huschke a. a. O. S. 160 flg. glaubt auch noch in L. 2. D. 41. 3. von Javolenus eine Spur der Ansicht, daß pro herede die Erbschaft als universitas, nicht die Sachen, in welchen sie erscheint, besessen werden, oder wenigstens die Spur einer Unklarheit darüber erblicken zu können.

657) Gai. Inst. Comm. II. §. 52.: ... nam ei concessum est, usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem. L. 4. §. 24. D. 41. 3.

658) Dies ergiebt sich besonders aus der Formel des interdictum Quorum bonorum in L. 1. pr. D. 43. 2.: ... quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset.

659) Nach Cicero, de legib. II. 19. wird mit den sacra privata an fünfter und letzter Stelle der Schuldner eines Verstorbenen belastet, welcher demselben Geld schuldete und Niemanden dasselbe bezahlt hat. „Extrema illa persona est, ut siqui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit. Hätte dieser pro herede usucapiren können, so würde er schon unter die dritte Klasse („Tertio loco, ... qui ... usu ceperit plurimum possidendo") gehört haben.

Nachlasses dagegen steht dem Successor gar keine Persönlichkeit und kein Wille entgegen, welche er anerkennen müßte, um das Hinterlassene erwerben zu können; vielmehr gilt vermöge der Natur des Falles nur sein, des Lebendigen, Wille. Wenn auch der Wille des Verstorbenen oder des Gesetzes einen Nachfolger beruft, so geschieht dies theils doch nicht nothwendig und in allen Fällen, theils hängt auch, wenn es geschehen ist, die Annahme des Gutes immer vom Willen des Berufenen ab. Es hört also dadurch jedenfalls das natürliche und ursprüngliche Verhältniß nicht auf, daß dem Verstorbenen gegenüber, dessen Wille stets, selbst bei Hinterlassung eines Testamentes, in seinem Vermögen durch den Tod vernichtet worden ist, der lebende Occupant nicht widerrechtlich verfährt; zu dem berufenen Erben aber steht der Occupant in gar keinem Verhältnisse, weil er seinen Erwerb nicht von ihm, sondern von dem Verstorbenen ableitet. Auf der anderen Seite folgt aber aus diesem Verhältnisse auch nicht etwa, daß die Usucapion überflüssig wäre, weil der Besitzer schon an sich durch Occupation der Erbschaftssachen als res nullius voller Eigenthümer würde. Dieses ließe sich selbst dann nicht behaupten, wenn gar kein Erbe vorhanden wäre. Der Titel pro herede erfordert demnach nur, daß Jemand die hinterlassenen Sachen eines Verstorbenen als solchen gleichsam von ihm, mit dem in Beziehung auf den Verstorbenen rechtlichen Willen, ihm darin per universitatem nachzufolgen, in Besitz genommen hat. Sein Name ist aber pro herede, nicht pro possessore, weil nur heres den erforderlichen animus domini ausdrückt; auch nicht pro hereditate, weil die Nachfolge durch Erbschaft vielmehr eine Succession in die Stelle einer Person, als der Erwerb der Sache ist. Im einzelnen gehört zum Titel pro herede Folgendes: aa) Der Tod des paterfamilias, von dem man so erwerben will; denn gehört die Sache noch einem Lebenden, so fällt die ganze objective Voraussetzung der Rechtmäßigkeit ihrer Occupation hinweg; weshalb auch die irrige Meinung, daß der Eigenthümer gestorben sei, den Titel nicht begründen kann[660]). Hierher gehört auch die Streitfrage unter den römischen Juristen, ob, wenn sui oder necessarii heredes vorhanden sind, gegen sie pro herede usucapirt werden könne[661]). Gegen necessarii heredes ließ man diese Usucapion zu; hinsichtlich der Zulässigkeit gegen sui heredes war Meinungsverschiedenheit; die Meinung gewann die Oberhand, welche gegen sui heredes diese Usucapion nicht zuließ. Der Grund des Zweifels war wohl der, daß, wenn Jemand solche Erben hinterläßt, man eigentlich gar nicht sagen könne, sein Nachlaß sei durch seinen Tod herrenlos, eine hereditas geworden, weil im Augenblicke seines Todes sofort eine andere Person hervortritt, welcher vermöge ihrer Personeneinheit mit dem Verstorbenen

---

660) L. 1. D. 41. 5. L. 3. C. VII. 29.

661) Gai. Inst. Comm. II. §. 58. Comm. III. §. 201. (beide Stellen nach Lachmann). L. 2. C. VII. 29. Vgl. Huschke a. a. O. S. 168 flg.

eigentlich schon früher in ihm das Vermögen gehörte und welche jetzt in dem letzteren, wie in ihrem persönlichen ius nur frei wird: dagegen aber wurde von der anderen Seite angeführt, ein suus und necessarius heres sei doch auch ein heres, welcher als solcher eine hereditas voraussetze, und dieses vorausgesetzt, könne nichts darauf ankommen, ob der heres sofort ipso iure oder erst durch Antretung die Erbschaft erwerbe. Wahrscheinlich vertheidigten die Sabinianer die erstere, die Proculianer die letztere Meinung[662]. Die Meinung, welche sich für die Unzulässigkeit der usucapio pro herede gegen sui heredes entschied und welche bereits zu Gajus Zeit festgestanden zu haben scheint, traf das Richtige. Denn nach Paulus[663] sind die sui heredes gewissermaßen schon bei Lebzeiten des paterfamilias Eigenthümer des väterlichen Vermögens und es tritt nach dessen Tode eine Fortsetzung dieses Eigenthumes ein, so daß nicht von einer hereditas die Rede ist; die sui heredes erwerben daher nach des Vaters Tode nicht eine Erbschaft, sondern sie erlangen vielmehr die freie Verwaltung des Vermögens. Hier war also eine pro herede usucapio unmöglich, weil das Vermögen in keinem Momente hereditas geworden war; das beneficium abstinendi konnte als blos prätorisches Institut für die civilrechtliche Usucapion nicht bewirken, daß der suus heres nicht als lebendiger Fortsetzer des väterlichen Eigenthumes betrachtet würde. Ganz anders verhält es sich im Falle eines necessarius heres. Wenn auch dessen Eigenthum am Vermögen unmittelbar an den Tod des Erblassers sich anknüpft, so läßt sich doch nicht sagen, daß er selbst schon bei Lebzeiten des Erblassers in diesem Vermögen Eigenthümer gewesen sei, weil er damals als Sclave noch völlig von der Rechtsfähigkeit der Familie ausgeschlossen war; und wenn er durch die testamentarische Freilassung sofort mit dem Tode des Erblassers frei und Erbe wird, so setzt doch im Begriff die Freiwerdung als ein Singularerwerb aus dem Vermögen des Verstorbenen aus dem Testamente das Entstehen einer hereditas, zu welcher er gleichzeitig mit dem Erwerbe derselben als erst jetzt erbfähig geworden hinzutritt, als etwas Früheres voraus. Gegen ihn mußte also die pro herede usucapio ebensogut gelten, wie gegen jeden extraneus heres[664]. bb) Derjenige, welcher pro

---

662) Dies wird dadurch wahrscheinlich, daß ganz derselbe Streit unter den beiden Schulen auch über die Wirksamkeit der in iure cessio hereditatis von Seiten des suus und des necessarius heres geführt wurde. Gai. Inst. Comm. II. §. 37. Comm. III. §. 87.

663) L. 11. D. 28. 2.

664) Was die Literargeschichte dieses Rechtssatzes anlangt, so kannte man vor Gajus nur die Coderstelle (L. 2. C. VII. 29.), welche man auf verschiedene Weise zu erklären suchte. Die Glosse und Maiansius, Disput. iur. civ. 53. 2. T. II. p. 254. verstehen sie von einer Usucapion des suus heres selbst, welche unmöglich sei, weil er nach L. 11. D. 28. 2. immer schon von selbst Eigenthümer bleibe. Branchu, Observ. c. 20. p. 254. nähert sich der richtigen Auffassung mit der übrigens falschen Erklärung, der suus heres sei als Fortsetzer des natürlichen Eigenthums auch gleichsam schon von selbst im Besitze (was unrichtig ist)

herede usucapiren will, muß die Erbfähigkeit besitzen, da er einen civilen Erwerb vom Verstorbenen machen soll und nur aus eben diesem Grunde auch für den einzusetzenden Erben die testamenti factio erforderlich ist[665]. Da von wirklichem Erwerbe die Rede ist, so möchte man glauben, dieses Erforderniß auch von dem ius capiendi verstehen zu müssen. Allein eine genauere Untersuchung führt auf das Gegentheil[666]. Zuerst kommen die älteren Gesetze in Betracht. Sehr wichtig war in dieser Hinsicht die lex Furia, qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est[667]. Denn mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit[668], und also auch durch usucapio pro herede[669]. Die lex Furia beschränkte also die Befugniß zu dieser Usucapion als eigentlicher pro herede usucapio im ursprünglichen Sinne auf die personae exceptae und wollte sie für die übrigen zu einem blo=

---

und deshalb könne gegen ihn kein Dritter pro herede usucapiren, weil diese Usucapion voraussetze, daß die Sache nicht schon vom Erben in Besitz genommen sei. Nach der Entdeckung des Gajus wurde in der ersten Stelle (Gai. II. 58.) bis auf Lachmann allgemein, statt des handschriftlichen Et, Set gelesen, und man verstand den Paragraphen in Verbindung mit dem vorhergehenden als eine für den Fall eines necessarius heres gemachte Ausnahme von der durch Hadrian erfolgten Aufhebung der lucrativa pro herede usucapio — obschon Hadrian eigentlich diese gar nicht aufgehoben, sondern nur dem Erben die Einklagung der usucapirten Sache verstattet hatte. Unterholzner, im Rhein. Mus. f. Jurisprudenz Bd. V, S. 30 machte auf diesen Irrthum aufmerksam und stellte die handschriftliche Lesart Et wieder her. Seine Erklärung jedoch, daß bei einer ipso iure eintretenden Erbfolge wenigstens eine unredliche Besitzergreifung ein furtum hätte zu begründen scheinen können, befriedigt nicht, da Gajus selbst in der zweiten Stelle (III. 201.) den Begriff eines furtum nur bei von dem necessarius heres schon ergriffenem Besitze zuläßt und die Römer den Satz ohne Beziehung auf ein furtum ganz allgemein hinstellen. Unabhängig von Unterholzner hat später auch Puchta, Verisimil. c. 6. (Lips. 1839.) p. 9. die richtige Lesart hergestellt und sich gegen den gewöhnlichen Irrthum erklärt. Nach seiner Deutung der Sache, bei welcher L. 2. C. VII. 29. nicht berücksichtigt ist, fiel bei necessarii heredes der von Gai. II. 55. angegebene Grund der pro herede usucapio, den Erben zur baldigen Antretung der Erbschaft zu bewegen, weg, und dies soll den Zweifel erregt haben. Dagegen wird von Huschke a. a. O. S. 173, N. 30 wohl mit Recht bemerkt, daß dieser Grund für die Jurisprudenz der Kaiserzeit gewiß keine Bedeutung mehr hatte; auch würde sich auf diesem Wege theils der Unterschied zwischen dem suus und necessarius heres nicht erklären lassen, theils der doch so nahe liegende Zusammenhang mit der Streitfrage über die Wirkung der in iure cessio hereditatis abgewiesen werden müssen.

665) L. 4. D. 41. 5.: Constat, eum qui testamentifactionem habet, pro herede usucapere posse. Die Stelle ist aus Paul. lib. 5. ad legem Iuliam et Papiam entlehnt.

666) Vgl. Huschke a. a. O. S. 174—179, welchem wir uns anschließen.

667) Gai. Inst. Comm. II. §. 225.

668) L. 31. pr. D. 39. 6. Vgl. L. 8. pr. D. eod.

669) Denn daß auch diese unter der mortis causa capio begriffen ist, geht daraus hervor, daß nach der Theorie über den Uebergang der Last der sacra privata bei Cic. de legib. II. 19. auch derjenige, welche pro herede usucapirt, die sacra übernehmen soll.

ßen, den Legaten ähnlichen Singularerwerbe herabgedrückt wissen. Indem das Gesetz die pro herede usucapio den Legaten gleichstellte, bezeichnete es in der rechtsgeschichtlichen Entwickelung, wenigstens für die personae non exceptae, ungefähr dasselbe Stadium, welches sich in der späteren Theorie über den Anfall der sacra privata ausspricht und folglich, da es für die personae exceptae nichts änderte, die mittlere Zeit zwischen der älteren und neueren Doctrin über die sacra. Jedenfalls hing es aber auch mit der Entwickelung der prätorischen bonorum possessio zusammen, wie sich schon daraus ergiebt, daß der Prätor nur die Cognaten des Verstorbenen oder seines Patrones zur bonorum possessio zuließ, welche in der lex Furia ausgenommen waren, nämlich sechs Grade und aus dem siebenten Grade den sobrino natus [670]). Ist nach der sehr wahrscheinlichen Vermuthung von Huschke die erste Einmischung des Prätors in das bona possidere dadurch veranlaßt worden, daß Unberufene, d. h. nicht mehr blos zur Erbfolge wenigstens natürlich Berechtigte, sich zur possessio et usucapio pro herede zudrängten, welche damit den Charakter einer improba et lucrativa possessio annahm, so läßt sich weiter annehmen, daß diese Einmischung durch die lex Furia über das mortis causa capere vermittelt worden sei. Schon die lex Furia wollte mit dem Verbote des mortis causa capere von mehr als 1000 Assen nur die personae non exceptae von der pro herede usucapio, insofern sie einen so gut wie erbschaftlichen Erwerb erhielten, ausschließen. Der Prätor folgte nun blos dem Principe dieses Gesetzes, indem er den berechtigten Personen die possessio als einen, ursprünglich jedoch noch auf die körperlichen Sachen beschränkten Universalerwerb versprach und sie durch das interdictum: Quorum bonorum in den Stand setzte, allen improbi possessores ihren Besitz abzunehmen. Als Berechtigte erkannte er aber natürlich auch nur die personae exceptae an. So läßt sich die lex Furia als der Wendepunkt betrachten, in welchem die beiden, in der Besitznahme des Nachlasses liegenden Momente, das einer factischen erbschaftlichen Nachfolge und das eines civilrechtlichen Erwerbes der Nachlaßsachen, jenes an die Ansprüche der Verwandtschaft, dieses an den jährigen Besitz dritter Personen angeknüpft, zuerst entschieden auseinander traten, und während des ersteren sich das prätorische Edict zur Ausbildung einer wirklichen Erbfolge bemächtigte, entwickelte sich aus dem letzteren durch die Jurisprudenz immer mehr ein dem Erfolge nach singulärer Erwerb einzelner Sachen aus der Erbschaft. Die lex Furia war aber keine perfecta lex, indem sie nur denjenigen, welcher nach ihr von Todes wegen zu viel erworben hatte, zur Erstattung des Vierfachen an den Erben verpflichtete [671]). Sie hinderte also die pro herede usu-

---

670) Ulpian. Fragm. Tit. XXVIII. §. 7. Fragm. Vat. §. 301. Vergl. den Artikel Bonorum possessio Bd. II, S. 332.

671) Gai. Inst. Comm. IV. §. 23. Ulpian. Fragm. Tit. I. §. 2. Theoph. II. 22. pr.

capio nicht. Dasselbe galt auch von der Vorschrift der lex Voconia: ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent[672]). Frauen konnten zwar nach demselben Gesetze von Bürgern, welche mit 100,000 Assen censirt waren, ipso iure nicht zu Erben eingesetzt werden[673]); sie wurden aber dadurch nicht gehindert, pro herede zu usucapiren; denn das Gesetz entzog ihnen nicht die Erbfähigkeit und die mortis causa capio überhaupt, indem es blos von der Erbeinsetzung sprach, mit welcher die pro herede usucapio in keiner Beziehung steht. Der in Note 665 erwähnte Ausspruch des Paulus ist daher nur so, wie er lautet, zu verstehen: Jeder, der (passive) testamenti factio hat — welche stets Erbfähigkeit voraussetzt —, kann auch pro herede usucapiren; nicht umgekehrt ist jeder, welcher die testamenti factio nicht hat, auch von der pro herede usucapio ausgeschlossen. Die lex Julia et Papia entzog den Ehelosen das ius capiendi ganz, den Kinderlosen und den Ehegatten untereinander zum Theil, und nach der lex Iunia konnten Latini liberti nicht capiren, Alles dieses mit der Kraft einer lex perfecta[674]). Alle diese und andere spätere Gesetze aber sprachen nur von testamentarischen hereditates et legata und ließen nach ihrem Zwecke, den Erblassern die Zuwendung ihres Vermögens an Unwürdige unmöglich zu machen, auch nur auf andere Erwerbe aus letztwilligen Verfügungen Ausdehnung zu. Auf die pro herede usucapio bezogen sie sich also nicht. In diesem Gegensatze der zustehenden testamenti factio bei entzogenem ius capiendi hat wohl auch Paulus jenen Ausspruch gethan. Mit dem Ausspruche des Paulus, daß derjenige, welcher testamenti factio hat, pro herede usucapiren könne, scheint nicht im Einklange zu stehen, daß mit dem Sclaven eines römischen Herrn testamenti factio stattfindet, derselbe aber nach einer anderen Stelle von Paulus doch nicht pro herede besitzen und usucapiren kann[675]). Dies ist nicht so zu verstehen, als wenn diese Usucapion auch dann unzulässig wäre, wenn der Herr von seinem Sclaven eine Sache, welche er pro herede usucapiren will, in Besitz nehmen läßt; denn dann nimmt nicht der Sclave, sondern der Herr selbst pro herede in Besitz. Nur das wird gesagt und weicht von den Regeln der übrigen Usucapionstitel ab, daß der Sclave nicht so für seinen Herrn besitzen kann, daß er selbst Erbe sein will und dadurch sein Herr erwerben soll; während, wenn der Sclave z. B. kauft und tradirt erhält, der Herr pro servo emtore besitzt und usucapirt, ex causa peculiari ohne Rücksicht auf Wissenschaft, ohne Peculium nur dann, wenn er um den Besitz weiß[676]). Der Grund die-

---

672) Gai. II. 226.

673) Gai. II. 274.

674) Gai. II. 23. III. 286. Ulpian. Fragm. Tit. XVII. §. 1. Tit. XXII. §. 3.

675) L. 3. §. 4. D. 41. 3.: Servus pro herede possidere non potest.

676) L. 2. §. 11—14. D. 41. 4. L. 8. pr. L. 28. L. 31. §. 47. D. 41. 3. L. 1. §. 5. D. 41. 2.

ser Abweichung ist nicht darin zu suchen, daß Sclaven nur ex persona domini die testamenti factio haben; denn es steht ihnen auch nur eben so das ius stipulandi und alle andere Erwerbsfähigkeit zu[677]). Vielmehr liegt der Grund darin, daß der Titel pro herede vermöge der in ihm kraft eigener Fähigkeit und Willensbestimmung behaupteten Fortsetzung einer fremden vermögensrechtlichen Persönlichkeit (familia) nothwendig Jemanden voraussetzt, der selbst das Recht zur familia hat. So hat der Sclave auch nicht die Fähigkeit zur gesetzlichen Erbfolge, indem das Gesetz eben auch nur die an sich vorhandene Erbfähigkeit anerkennt. Die Möglichkeit der Erbeinsetzung des Sclaven ist eine Ausnahme von dem an sich vorhandenen Mangel der Erbfähigkeit, welche auf der hier überwiegenden fremden, den Herrn oder die zukünftige Freiheit des Sclaven berücksichtigenden Willensbestimmung beruht. cc) Indem die pro herede usucapio von der factischen Seite her den durch den Erbschaftsantritt des berufenen Erben erfolgenden rechtlichen Erwerb der Erbschaftssachen vertritt und folglich ein Erwerb von dem Verstorbenen gegen dessen rechtliche Vertreter, die heredes, ist, setzt sie nothwendig Erbschaftssachen voraus[678]). Wenn sich also Sachen in der Erbschaft befinden, welche nicht dem Erblasser, sondern Dritten gehörten, so können sie nicht pro herede in Besitz genommen und usucapirt werden[678a]). Für sie sind nur singuläre Titel gegen die dritten Eigenthümer dieser Sachen denkbar und diese auch nur fortsetzungsweise für diejenigen, welche rechtlich per universitatem in die Stelle des Erblassers eintreten, welcher sich also schon im Usucapionsbesitze befunden haben muß. Hatte der Erblasser keinen Titel oder seiner Usucapion stand sonst ein Hinderniß im Wege, so geht dieser Zustand auf seinen Erben über[679]), wenn auch letzterer sich im guten Glauben befindet, d. h. die Sache für dem Erblasser gehörig hält[680]). Dasselbe gilt auch von der longi temporis praescriptio[681]). In den in den Noten 678a und 681 angeführten Stellen verwahren sich die Kaiser gegen die Ansicht, daß in dem Vorfinden einer Sache in der Erbschaft, zu welcher sie aber in der That nicht gehörte, irgend ein Usucapionstitel für die Erben liege. Wahrscheinlich lag der Bittschrift, auf welche diese Rescripte ergangen sind, ein solches Mißverständniß des Titels pro herede zum Grunde. Auf einen solchen in dem vorgelegten Falle irrig behaupteten titulus pro herede bezieht sich wahrscheinlich auch ein Rescript von Ca-

---

677) L. 31. pr. D. 28. 5. L. 5. D. 33. 3. L. 82. §. 2. D. 31. pr. Inst. III. 18.

678) Cicero, de legib. II. 19.: Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae eius fuerint, cum moritur, usu ceperit plurimum possidendo. Gai. Inst. Comm. II. §. 52. 54.

678a) L. 4. C. VII. 29. von Diocletian und Maximian.

679) L. 11. D. 44. 3. §. 12. Inst. II. 6.

680) L. 13. §. 3. D. 5. 3.

681) L. 4. C. VII. 33. von Diocletian und Maximian.

racalla[682]). Dieses Rescript will in den Worten: Cum pro herede usucapio locum non habeat nicht sagen, daß die pro herede usucapio überhaupt nicht gelte; es kann dies damit nicht gesagt sein, da dasselbe dann mit viel späteren Stellen und mit dem Justinianeischen Rechte selbst, welches den Usucapionstitel pro herede als noch praktisch aufführt, in Widerspruch gerathen würde. Diesen Stellen scheint aber eine andere von Pomponius zu widersprechen[683]), in welcher gesagt wird, daß der Erbe, welcher eine fremde Sache für zur Erbschaft gehörig hält, pro herede usucapiren könne. Dafür ließe sich auch anführen, daß die Erbfolge ein Erwerb von Sachen sei und daher für den an fremden, in der Erbschaft vorgefundenen Sachen ergriffenen Besitz einen gerechten Titel bilde. Dagegen ist mit Huschke[684]) Folgendes zu bemerken. Die Erbfolge als solche, d. h. im Verhältniß zum Verstorbenen, kann nach dem früher Bemerkten nur den titulus pro herede, und diesen eben nur an Erbschaftssachen begründen; wenn der Erblasser eine fremde Sache ohne Titel besaß, succedirt der Erbe, welcher sie in der Erbschaft mit vorfindet, auch wenn er sie für eine zur Erbschaft gehörige Sache hält, nur in den des Titels ermangelnden Besitz des Erblassers. Davon ist aber der Fall verschieden, wenn der Erbe nicht im Verhältnisse zum Erblasser, sondern nachdem er selbst schon Erbe geworden ist, in seinem Verhältnisse zu einem Dritten den Besitz einer Sache in dem Glauben, sie gehöre zur Erbschaft, erlangt; denn dadurch wird ein singulärer Titel, der Titel pro suo begründet, indem der Besitzer hier den Besitz aus einem in ihm selbst liegenden gerechten Grunde oder gleichsam von sich selbst ableitet. Fälle dieser Art sind z. B., wenn der Erbe die Sache von einem dritten Detentor, welcher aus irgend einem Grunde Anspruch darauf machte, als zur Erbschaft gehörig einfordert und von diesem herausgegeben erhält, oder wenn der Erbe selbst als Besitzer mit einer specialis actio von einem Dritten belangt wurde und dieser die Klage gegen ihn fallen läßt[685]), oder wenn der Erbe von einer in der Erbschaft gefundenen Sache die Frucht percipirt[686]). Auch gehört folgender Fall hierher. Ein Vater vertheilt bei Lebzeiten sein Vermögen oder einen Theil desselben unter seine Kinder, welche sich in seiner Gewalt befinden; nach seinem Ableben behalten sie dasselbe nach dieser Theilung im Besitze, indem sie dahin übereinkommen, daß es bei jener (ursprünglich wegen der väterlichen Gewalt ungiltig gewesenen) Thei-

682) L. 1. C. VII. 29.: Cum pro herede usucapio locum non habeat: intellegis, neque matrem tuam, cui heres extitisti, neque te usu mancipia ex ea causa capere posse. Es ist hierbei der Fall vorausgesetzt, daß die Erblasserin die fremden Sclaven schon in einer von ihr gethanen Erbschaft vorgefunden hatte.

683) L. 3. D. 41. 5.: Plerique putaverunt, si heres sim et putem, rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere.

684) Huschke a. a. O. S. 185 flg.

685) L. 23. §. 3. D. 41. 3.

686) L. 2. D. 41. 10.: ... Similiter fructus rei emtae aut donatae aut quae in hereditate inventa est (sc. pro nostro possidemus).

lung bewenden soll. Befanden sich hier fremde Sachen unter den vertheilten, so usucapiren die Kinder davon nicht blos den Theil, welchen sie von einander erhalten haben (was sich allenfalls schon auf Grund des Titels pro transacto behaupten ließe), sondern die ganzen Sachen, weil sie den Besitz derselben als Erbschaftssachen von einander zugestanden erhalten haben [687]). Dieser Titel pro suo steht nun aber mit dem Titel pro herede so sehr im Gegensatze, daß er immer auch bona fides und Besitzerlangung von einem Dritten oder doch im Verhältniß zu einem Dritten voraussetzt. Fehlt es an einer Thatsache, vermöge welcher der Erbe zu der Annahme, daß die Sache zur Erbschaft gehöre, berechtigt ist, und fängt er so sie zu besitzen an, so setzt er blos den titellosen Besitz des Erblassers fort [688]). dd) Der Besitzer muß aber auch den Besitz der Sachen von dem Verstorbenen ergreifen, d. h. anstatt desselben, welcher durch den Tod zu besitzen aufgehört hat, als sein factischer Nachfolger den Besitz occupiren. Gleichgiltig ist übrigens, ob der Verstorbene hier selbst besaß und erst durch seinen Tod zu besitzen aufhörte, oder ob er zufällig schon vor seinem Tode den Besitz verloren hatte, ohne daß ein anderer denselben erwarb; denn ebensowohl wie jener im letzten Falle die Sache als die seinige in Besitz nehmen konnte, kann sie jetzt auch der factische Nachfolger als solcher occupiren. Im übrigen müssen fünf Fälle unterschieden werden: α) die durch den Tod des Erblassers besitzlos gewordene Sache hat inzwischen kein anderer in Besitz genommen; β) schon bei Lebzeiten des Erblassers besaß ein anderer, welcher auch noch jetzt den Besitz hat, was theils ein civiler, theils ein prätorischer, theils auch ein blos natürlicher Besitz sein kann; γ) nach des Erblassers Tode hat ein Dritter den Besitz erlangt; δ) der Erbe hat den Besitz ergriffen; ε) derjenige, welcher pro herede usucapiren will, besaß die Sache schon aus einem anderen Grunde. Der erste der bezeichneten Fälle ist der, in welchem die pro herede usucapio eintritt; denn hier erlangt der Usucapient den Besitz vom Verstorbenen und die Sache wird dadurch auch nicht res furtiva, selbst wenn der Erbe die Erbschaft schon erworben hätte [689]). Als Grund, weshalb eine Erbschaft kein furtum erleiden könne, giebt Ulpian aus Scävola an [690]), weil die Erbschaft keinen Besitz habe und auch der Erbe nicht, ehe er Besitz ergriffen habe. Diese Begründung ist dadurch zu widerlegen versucht worden, daß ja in vielen Fällen ein furtum auch gegen einen Nichtbesitzer begangen werde. Doch ist der Gedanke von Scävola

687) L. 4. §. 1. D. 41. 10.

688) Hieraus ergiebt sich vollständig der Sinn der L. 4. C. VII. 33. sowie der Schlußworte der L. 4. C. VII. 29.: nec obtentu, velut ex hereditate esset, quod alienum fuit, domini intentio ullo temporis spatio absumitur; denn ein bloßer obtentus ist von dem putare, rem ex hereditate esse, wovon in L. 3. D. 41. 5. die Rede ist, wie ein eingebildeter Titel von einem wirklichen, verschieden.

689) Gai. Inst. Comm. II. §. 52. Comm. III. §. 201.

690) L. 1. §. 15. D. 47. 4.

richtig, wenn auch der Ausdruck vielleicht mangelhaft. Seine Meinung geht dahin, daß das furtum stets eine factische Entziehung voraussetze — factisch auch auf Seite desjenigen, welchem die Sache entzogen wird; denn das furtum ist das Gegentheil einer rechtmäßigen Ueberlassung und Erlangung des Gegenstandes durch Vertrag. Ist also die Sache von einem Verstorbenen hinterlassen worden, so ist, bevor eine auch factische Succession in dieselbe stattgefunden hat, die Begehung eines furtum an derselben unmöglich, weil der Verstorbene oder die hereditas kein persönlich factisches Interesse (welches subjective Verhältniß von Scävola hier possessio genannt wird) an ihr hat. Durch den Erbschaftsantritt des Erben ist zwar dem Rechte nach die hier entstandene Lücke ausgefüllt worden; aber in das persönliche factische Interesse an der Sache, aus welchem allein sie entwendet werden kann, tritt der Erbe erst ein, wenn er auch den Besitz derselben ergreift. Hieraus ergiebt sich nun für den zweiten Fall — wenn ein anderer aus der Zeit des Erblassers her besitzt — daß in der Hinnahme der Sache zum Zwecke der pro herede usucapio ein furtum liegen würde, weil hier das factische Interesse einer Person durch den Tod nicht erledigt worden ist. Auch genügt es, wenn die Sache sich nur in der Detention befand, weil auch das furtum rein factisch ist, und selbst dem Erben würde dann die actio furti zustehen, soweit diese der Eigenthümer überhaupt anstellen kann, weil ein furtum geschehen ist und die actio furti unter dieser Voraussetzung jedem rechtlich Interessirten zusteht[691]). Der dritte Fall, wenn nach des Erblassers Tode Jemand die Sache in Besitz genommen hat, führt auf die Frage, ob man auch dann pro herede usucapiren könne, wenn man die Sache Jemandem, welcher sich bereits in conditione usucapiendi pro herede befand, weggenommen hat? Der bisherige Besitzer kann wegen mangelnden rechtlichen Interesse an der Sache, wie ein solches z. B. dem bonae fidei possessor allerdings zusteht, jedenfalls nicht die actio furti anstellen[692]). Unleugbar aber ist dies Begehung eines furtum, da die Sache Jemandem in gewinnsüchtiger Absicht entzogen worden ist; deshalb kann sie auch nicht usucapirt werden. Dies wird auch wenigstens für den Fall einer res vi possessa bezeugt[693]). Dasselbe muß umsomehr gelten, wenn Jemand die Sache aus einem rechtmäßigen Grunde in Besitz genommen hatte, z. B. vermöge prätorischer Immission wegen verweigerter cautio legatorum servandorum causa, obgleich, wenn der Usucapient schon besitzt, seine civilis possessio durch diese Mission nach gewöhnlichen Rechts-

---

691) L. 68. 69. 70. D. 47. 2.

692) L. 71. §. 1. D. 47. 2. Mit dem bisherigen Besitzer verhält es sich ebenso wie mit dem fur und jedem sonstigen malae fidei possessor, welcher auch nicht die actio furti anstellen kann; L. 12. §. 1. L. 14. §. 4. D. 47. 2., während der bonae fidei possessor diese Klage hat; L. 12. §. 1. L. 20. §. 1. L. 74. D. 47. 2. §. 15. Inst. IV. 1.

693) L. 4. §. 23. 24. D. 41. 3.

grundsätzen nicht unterbrochen wird[694]). Hat aber der erste Besitzer seinen Besitz freiwillig abgetreten oder auch nur wieder aufgegeben, so liegt kein Grund vor, warum der neue, wenn er nur die Erbschaftssache als solche in Besitz nimmt, nicht noch pro herede sollte usucapiren können. Im vierten Falle — wenn der Erbe die Sache in Besitz genommen hat — fällt alle pro herede usucapio weg, weil nun auch der factischen Succession nach die Sache eine blos erbschaftliche zu sein aufgehört hat, vielmehr die eines Lebendigen geworden ist, welchem gegenüber die Besitzergreifung kein rechtliches Moment mehr haben würde, um zur Usucapion führen zu können. Es wird dies durch eine Gesetzstelle bestätigt, wonach, wenn Jemand auch als vermeintlicher Erbe in gutem Glauben und sogar durch Tradition von dem Erben selbst die Sache in Besitz erhalten hat, er doch nicht pro herede usucapiren kann, blos weil die Sache schon im Besitze des Erben gewesen war[695]). Der fünfte und letzte Fall war der, wenn Jemand die Sache schon aus einem anderen Grunde besaß, gleichviel ob er den Besitz schon bei Lebzeiten des Erblassers oder erst nach dessen Tode erlangt hatte, und nun erst pro herede usucapiren will. Dies wird von den römischen Juristen für unzulässig erklärt aus dem Grunde: quia nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest[696]). Die lucrativa pro herede usucapio enthält keine Art rechtlicher Uebertragung von einem Anderen, vermöge welcher sich eine zur Usucapion führende iusta possessio behaupten ließe; ihre ganze rechtliche Kraft liegt vielmehr in der einseitigen Occupation des Besitzes von Nachlaßsachen deshalb, weil sie durch den Tod des Erblassers factisch vacant geworden sind. Wer aus irgend einem Grunde sich schon im Besitze der Sache befindet, dem steht dieser lebendige eigene Besitz im Wege, daß er sie nicht als vacant gewordene Sache occupiren kann; zugleich kann er den Grund dieses Besitzes auch nicht als durch einen neuen gerechteren überwunden betrachten, selbst wenn der bisherige Besitz eine bloße Detention wäre, weil die lucrativa pro herede possessio eben nur als Occupation einer vacant gewordenen Sache überhaupt eine iusta possidendi causa enthält. Es würde daher in diesem Falle die pro herede possessio nur auf dem subjectiven Willen des Besitzers, nicht auf der objectiven Wahrheit beruhen: man würde sibi ipse mutare causam possessionis, nicht eine mutata causa haben. Die praktische Bedeutung der Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, war für die pro herede usucapio eine zweifache: erstens für den sich bisher schon in conditione usucapiendi Befindenden, daß er nicht bei Grundstücken statt der zweijährigen Usucapion sich auf die einjährige pro herede usucapio berufen konnte; zweitens für den bisher eines Ti-

694) L. 2. pr. D. 41. 5.
695) L. 29. D. 41. 3.
696) L. 2. §. 1. 2. D. 41. 5. Ueber die Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, vgl. den Artikel Besitz Bd. II, S. 55 flg.

tels Ermangelnden, daß er auch nicht auf den Titel pro herede usucapiren konnte. Außer dieser Bedeutung für die Usucapion hatte diese Regel aber auch noch eine zweite für die hereditatis petitio, welche sich darin zeigte, daß Niemand, welcher schon ex speciali causa besaß, den Titel pro herede dadurch, daß er nun als Erbe besitzen wollte, sich selbst verschaffen und auf diese Weise der specialis actio sich entziehen konnte, um den Gegner zu nöthigen, die hereditatis petitio anzustellen. Doch galt in dieser Anwendung die Regel nicht für den iuris possessor, weil dieser eigentlich überhaupt nicht besaß und hier also auch nicht von Ueberwindung eines schon vorhandenen eigenen Besitzes die Rede sein konnte[697]. Die gedachte Regel fand aber keine Anwendung in dem Falle, wenn der bisherige Besitzer nicht blos aus dem Grunde, weil die Sache durch den Tod des Herrn vacant geworden ist, sondern vermöge einer rechtlichen universellen Uebertragung von ihm, d. h. weil er dessen Erbe geworden ist oder aus gerechten Gründen es geworden zu sein glaubt, die Sache besitzen will; denn hier gründet sich die pro herede possessio nicht auf das factische Moment der Occupation der besitzlos gewordenen Sache, sondern auf ein höheres rechtliches Moment der Rechtsübertragung, welches die factische Vacanz der Sache nicht nothwendig voraussetzt und sich als neue iusta causa possessionis dem bisherigen schlechteren Besitze mit überwindender Kraft unterzulegen vermag[698]. Zwischen der improba und proba pro herede usucapio besteht also der Unterschied, daß erstere unstatthaft ist, wenn man schon vorher die Sache aus irgend einem Grunde besaß, letztere hingegen durch diesen Umstand nicht unmöglich gemacht wird. Im übrigen sind beide dieselbe Art der usucapio und es genügte daher auch im letzteren Falle stets einjährige Usucapion. c) Bona fides verlangt die pro herede usucapio nicht; denn sie ist nicht, wie die Usucapionen, welche sich auf singuläre Titel gründen, gegen eine als berechtigt vorhandene und darum auch anzuerkennende lebendige Person, aus deren Vermögen man erwerben will, sondern gegen den Verstorbenen, dessen Berechtigung durch seinen Tod aufgehört hat, und da der Besitzer als pro herede possidens eben

---

697) Hierher gehört L. 10. D. 5. 4. Vgl. über diese Stelle Huschke a. a. O. S. 197 flg.

698) L. 33. §. 1. D. 41. 3. von Julian. Der ganze Gedankengang dieser Stelle ergiebt, daß die ganze behandelte Frage nur für die pro herede usucapio von praktischer Bedeutung war. Der Jurist will zeigen, daß die für diese Usucapion aufgestellte Regel: nemo sibi ipse etc. nur bei der lucrativa pro herede usucapio anwendbar sei. Zu diesem Behufe geht er von dem Falle aus, daß ein bisheriger pro possessore possidens den iustus titulus pro emtore erlangt; hier ist unzweifelhaft dadurch der bisherige Titel pro possessore überwunden. Derselbe Fall, fährt er fort, kann auch bei der pro herede usucapio eintreten und der bisherige malae fidei emtor wird also mit diesem Titel usucapiren können, wenn er Erbe des Eigenthümers geworden ist oder geworden zu sein glaubt. Noch um soviel mehr muß dieses von dem Pachter gelten, da dessen bloße Detention noch um soviel offenbarer von der entstandenen neuen iusta causa possessionis wirklich überwunden wird.

dessen Stelle einnimmt, wesentlich gegen den Verstorbenen selbst gerichtet. Wenn auch die Usucapion die Folge hat, daß dem Erben die Sache entzogen wird, so ist doch, da der Usucapient seinen Besitz als einen gerechten nicht von ihm ableitet, sondern ihn vom Verstorbenen her in sich selbst als einen gerechten hat, seine fides gegen den Erben gleichgiltig. Während also z. B. ein Kauf mit dem Bewußtsein des einem Dritten an der Sache zustehenden Eigenthumes oder die wissentliche Schenkung unter Ehegatten u. s. w. gar keinen gerechten Besitztitel verschafft, sondern blos zum Besitzer pro possessore macht[699]), ist dem Titel pro herede die Wissenschaft von der Nichtigkeit des Testamentes, aus welchem man Erbe sein will, unschädlich, sowie auch die Kenntniß, daß man jedes auch nur scheinbaren Grundes für ein heredem esse ermangelt, und ganz entschieden ein anderer heres ist; doch schließt selbstverständlich der Glaube, daß man selbst Erbe oder bonorum possessor sei, den Titel nicht aus, und insbesondre besitzt auch eine solche Person, welcher der Prätor zum Nachlaßbesitze verhilft, d. i. der bonorum possessor, pro herede[700]). Als Grund der Zulassung einer tam improba possessio et usucapio, wie die pro herede ist, giebt Gajus[701]) an, daß der Erbschaftsantritt beschleunigt werden sollte, theils wegen der Besorgung der sacra privata, theils der Gläubiger wegen, damit diese Jemanden hätten, welcher sie

---

699) L. 23. §. 1. D. 41. 3. L. 13. §. 1. D. 5. 3. Dieses war die ältere Meinung; nach der neueren besitzt auch der malae fidei emtor pro emtore, aber nicht quoad usucapionem. L. 2. §. 1. D. 41. 4.

700) Gai. Inst. Comm. II. §. 52. 56. L. 11. pr. §. 1. L. 12. 13. D. 5. 3. Huschke a. a. O. S. 203 flg. macht hier darauf aufmerksam, daß die Worte der letzten Stelle: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur, gewöhnlich mißverstanden worden seien und erläutert sie in folgender Weise: „Wenn Jemand eine vom Erben noch nicht in Besitz genommene Erbschaftssache, wissentlich, daß er nicht Erbe sei, an sich genommen hat, um sie zu usucapiren, so ist er zwar ein praedo nach gewöhnlichem Sprachgebrauche der römischen Juristen, d. h. ein malae fidei possessor, aber nicht ein solcher praedo, welcher pro possessore besitzt; denn wenn man ihn fragt, aus welchem Grunde er besitze, so wird er sagen, daß er Erbe sei, wiewohl er daran lügt, da er weiß, daß ein Anderer es ist. Einen solchen Besitzer meint also Ulpian auch mit den Worten fur et raptor nicht, wie denn auch in der That rei hereditariae furtum non fit. Vielmehr versteht er darunter solche Fälle, wo wirklich ein Diebstahl oder Raub geschehen ist, z. B. der Besitzer hat die Sache dem Erben, der sie schon besaß, oder einem dritten Besitzer weggenommen. Die gewöhnliche Ansicht, daß praedo und possessor pro possessore identisch seien, ist also irrig. Vielmehr ist nur der possessor pro possessore immer zugleich praedo, wogegen der possessor pro herede theils praedo, theils auch bonae fidei possessor sein kann, und überhaupt hat die Bezeichnung praedo mit dem Grunde des Besitzes bei der Erbschaftsklage an sich gar nichts zu thun. Was aber bei der pro herede possessio der Ausdruck praedo bezeichnet, dasselbe drückte man mit dem Adjectiv improba et lucrativa possessio aus, weil dieser Besitz in der That darauf ausging, ohne von Rechtswegen zum Nachfolger des Verstorbenen berufen zu sein, wissentlich und gegen den berufenen Nachfolger einen Gewinn zu machen."

701) Gai. Inst. Comm. II. §. 55.

befriedige. Dieser Grund war aber wohl nicht der ursprüngliche[702]). Dieser lag vielmehr in der Natur der pro herede possessio et usucapio selbst, worüber früher das Nähere angegeben worden ist; auch lag derselben anfangs gewiß keine gewinnsüchtige Absicht zum Grunde, sondern ihre ursprüngliche Veranlassung war die, daß, wenn der Erbe selbst aus irgend einem Grunde, vorzüglich wegen der Last der sacra privata und aus Furcht, zu viele Schulden vorzufinden, mit der Antretung zögerte oder auch der Erbschaft sich wirklich anzunehmen aus irgend einem Grunde verhindert war, eine andere dem Verstorbenen nahe stehende Person die Erbschaft aus Interesse für ihn in Besitz nahm, um sein Heil und seine Ehre vor Göttern und Menschen zu retten, d. h. um die sacra zu besorgen und die Schulden zu bezahlen, dann aber auch das Uebrige zu usucapiren. Dazu konnte sich namentlich bei der Intestaterbfolge ein naher Verwandter des Erblassers veranlaßt fühlen, der nicht der nächste Intestaterbe war, wenn der nächste Intestaterbe mit der Antretung säumte, da, wenn der nächste Intestaterbe am Ende ausgeschlagen hätte oder vor dem Antritte verstorben wäre, vermöge des Grundsatzes: in hereditatibus legitimis successio non est[703]), nicht der Nächste in derselben Klasse, oder wenn kein solcher da war, die nächstfolgende Klasse der Intestaterben zur Succession berufen wurde, vielmehr der Nachlaß bonum vacans wurde[704]). Es lag in diesem Interesse naher Verwandter, welche nicht nach dem System der 12 Tafeln zur Intestaterbfolge berufen waren, den Verstorbenen nicht ohne Successor zu lassen und deshalb den Nachlaß pro herede zu usucapiren, ein wichtiges Moment für den Prätor zur Einführung seiner bonorum possessio. Man dachte sich zuerst die pro herede usucapio als ein von dem Usucapienten vertretenes Recht des Verstorbenen gegen den um seine Ehre zu wenig bekümmerten Erben. Freilich weckte in der Folge der mit ihr verbundene Gewinn die Habsucht; das Interesse derselben senkte sich aus der Person des Verstorbenen zugleich in die des Usucapienten herab und sie wurde nun oft eine improba und lucrativa possessio, so daß der Prätor durch die von ihm ertheilte bonorum possessio zu Hilfe kommen mußte, um ganz fremde Personen möglichst von dieser Usucapion auszuschließen und ihr den Charakter einer Universalerbfolge zu erhalten. Von dieser Zeit gilt nun der von Gajus angegebene Grund der Zulassung der pro herede possessio et usucapio. Denn wurde auch der pro herede Besitzende zunächst und überwiegend durch unlautere Motive bestimmt, so blieb diese Usucapion selbst doch objectiv immer noch durch das Interesse gerechtfertigt, daß sie dem Erblasser eine schleunigere Erb-

---

702) Vgl. Huschke a. a. O. S. 204 flg. und in den krit. Jahrb. f. teutsche RW. Bd. III, S. 12.

703) Gai. Inst. Comm. III. §. 12. Ulpian. Fragm. Tit. XXVI. §. 5. Paul. Sent. Lib. IV. Tit. 8. §. 23. Vgl. den Art. Intestaterbfolge, römische, Bd. V, S. 671.

704) Vgl. Glück, Lehre von der Intestaterbfolge S. 227.

folge zuwege brachte, anfangs noch so, daß man den Usucapienten des größeren Theiles der Erbschaft selbst neben dem heres zur Uebernahme der sacra für verpflichtet achtete, später — seit Anfang der dritten Periode — so, daß durch diese Usucapion, welche nun blos noch einzelne Sachen der Erbschaft entzog und sich damit im Interesse des Usucapienten gegen die familia defuncti et heredis zugleich richtete, der heres zum zeitigeren Antritte der Erbschaft veranlaßt wurde, damit er nicht des vortheilhaften Inhaltes der Erbschaft verlustig würde. Auch kam diese Usucapion ja nur in der Regel bei dem bonorum possessor vor. Ihre improbitas mußte aber eben durch die bonorum possessio für solche Fälle erhöht werden, wo ein anderer, als der bonorum possessor, pro herede usucapirte und überhaupt für die pro herede usucapio als solche. Um diese Zeit nämlich erhob sich allmälig das prätorische Recht zu materiell gleichem Ansehen mit dem Civilrechte; die bonorum possessio bildete immer mehr ein die hereditas ergänzendes und billig modificirendes prätorisches System der Erbfolge; der bonorum possessor erhielt nun nicht erst durch die Usucapion das Eigenthum aller körperlichen Sachen, sondern schon vermöge der Ertheilung der bonorum possessio in allen Vermögensverhältnissen utiles actiones für und gegen sich und genoß selbst in manchen Fällen auch ohne Usucapion Schutz gegen den heres. So gingen immer mehr die guten Kräfte der pro herede possessio ausschließlich in die prätorische bonorum possessio über, in welcher sie nicht erst als Usucapion, sondern schon nach ihrem Anfange als data bonorum possessio wirkten, und während die bonorum possessio ursprünglich nur die possessio et usucapio pro herede gegen den heres unterstützen und regeln sollte, trat sie nun mit der hereditas zusammen zur improba und lucrativa pro herede usucapio in Gegensatz, indem der Besitz dessen, welcher auctore praetore besaß, ebensowenig, wie der Besitz des heres selbst, eine improba possessio genannt werden konnte, eine eigenmächtige Besitznahme und Usucapion aber ebenso gegen den bonorum possessor, wie gegen den heres, als eine tadelnswerthe, gewinnsüchtige Verminderung des Nachlasses erscheinen mußte, umsomehr, da für die baldige Antretung der Erbschaft, deren Beschleunigung ehemals die pro herede usupio bezweckt und worin dieselbe ihre Rechtfertigung gefunden hatte, jetzt auf andere Weise, durch cretio, tempus deliberandi und die Fristen der bonorum possessio hinreichend gesorgt war. Nur das ließ sich auch jetzt noch und bis in den Anfang der Kaiserzeit für die pro herede usucapio anführen, daß sie theils in den meisten Fällen für den bonorum possessor eintrat, theils immer noch eine Mahnung für den Erben, nicht blos zum baldigen Antritte der Erbschaft, sondern auch zur baldigen Einklagung der Erbschaftssachen war. Was objectiv der pro herede usucapio unter allen diesen Entwickelungen stets ihre Freiheit von dem Erforderniß der bona fides erhielt, war deren Eigenthümlichkeit, daß man durch sie nicht eigentlich aus einem fremden Vermögen, sondern als Repräsentant des Verstorbenen eine vacante Sache erwarb, nicht zu einer

dritten anzuerkennenden Person, sondern vermöge der Einheit mit dem Verstorbenen nur zu sich selbst in einem Verhältnisse stand. — Die verschiedenen Fälle, in welchen die pro herede usucapio nicht improba et lucrativa war, sind nun nach dem Obigen folgende: α) wenn Jemand aus gerechten Gründen heres zu sein glaubt[705]; β) wenn er die bonorum possessio erworben hat, gleichviel ob sie cum re oder sine re ist[706]; γ) wenn er aus gerechten Gründen glaubt, bonorum possessor geworden zu sein[707]. Außer diesen Fällen ist die pro herede possessio eine improba possessio. d) Der Besitz muß, wie gewöhnlich, auf Grund des ursprünglichen Titels animo dominii angefangen haben und fortgesetzt worden sein. Läßt sich also der Besitzer später den Besitz precario zugestehen, z. B. vom Erben, so kann die Usucapion nicht vollendet werden. — Die Wirkung der pro herede usucapio war die gewöhnliche: Erwerb des Eigenthumes unbeschadet der an der Sache zustehenden iura in re aliena, z. B. eines Pfandrechtes[708]), so daß nur die hereditas und der heres, bonorum possessor oder Fiscus durch sie Nachtheil erlitten. Dieser Schaden mußte als völlig unbillig erscheinen, seitdem alle materiell gerechte Bedeutung der factischen Succession in den Nachlaß aus der pro herede possessio in die bonorum possessio übergegangen war, was um die Zeit geschah, als man die bonorum possessio nicht mehr als eine Regulirung des eigenmächtigen bona possidere et usucapere, sondern überwiegend als ein prätorisches, der hereditas in billigen Fällen selbst derogirendes Erbrecht betrachtete. Dies geschah seit Anfang der mittleren Kaiserperiode, wie sich besonders daraus entnehmen läßt, daß um jene Zeit, auch abgesehen von dem Kindesverhältnisse (bonorum possessio contra tabulas und unde liberi) die bonorum possessio in allen billigen Fällen cum re wurde[709]. Um dieselbe Zeit war auch die alte, schon längst erschütterte sacrorum observatio, wie sie sich an die civilrechtliche familia knüpfte, so gut wie erloschen. Daher entsprach es ganz der inneren Entwickelungsgeschichte des römischen Erbrechtes, daß Hadrian es war, welcher einen Senatsschluß veranlaßte, welcher die pro herede usucapio dem heres und bonorum possessor gegenüber für unwirksam erklärte[710]. Hierbei entstehen mehrere Fragen[711]. Die erste Frage betrifft den Umfang, in welchem die pro herede usucapio für unwirksam erklärt wurde; es ist dies wieder nach

705) L. 33. §. 1. D. 41. 3. L. 11. pr. D. 5. 3.

706) Gai. Inst. Comm. III. §. 80. L. 33. cit. L. 11. cit.

707) L. 33. cit.

708) L. 2. pr. D. 41. 5.

709) Gai. Inst. Comm. II. §. 120. Coll. LL. Mos. et Rom. Tit. XVI. §. 3. init.

710) Gai. Comm. II. §. 57.: Sed hoc tempore etiam non est lucrativa. Nam ex auctoritate Divi Hadriani Senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur. Et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

711) Vgl. darüber Huschke a. a. O. S. 215—222.

zwei Seiten hin zu erörtern, in Ansehung der zur Erbschaft Berechtigten und in Ansehung der Usucapienten. Was die zur Erbschaft Berechtigten betrifft, so lautet die Bestimmung des Senatusconsultes, wie sie Gajus angiebt, so allgemein, daß die Unwirksamkeit der pro herede usucapio gegen jeden, welcher irgend ein Recht auf die Erbschaft hatte, angenommen werden muß. Vom heres sagt es Gajus selbst; hinsichtlich des bonorum possessor ergiebt sich dies aus der uns aufbewahrten Edictesstelle über das interdictum Quorum bonorum[712]; dasselbe läßt sich aber auch mit Huschke für den Fiscus und andere Erwerber der Erbschaft, sowie für die Creditoren und den bonorum emtor annehmen. Klagten die besser Berechtigten nicht, so behielt die Usucapion ihre Kraft. Auf Seiten des Usucapienten ist viel darüber gestritten worden, ob Hadrian blos die lucrativa oder alle usucapio pro herede habe revocirt wissen wollen; eine Streitfrage, welche für das ältere Recht den bonorum possessor und den vermeintlichen Erben, für das Justinianeische Recht nur noch den letzteren betrifft[713]. Der Ausdruck des Gajus scheint für die erstere Ansicht zu sprechen, indem er voranstellt, daß die pro herede usucapio aufgehört habe, lucrativ zu sein, und dann von der Revocation solcher Usucapionen spricht. Da er aber in seinem kurzen Lehrbuche überhaupt nur von der pro herede usucapio in ihrer alten regelmäßigen Eigenschaft als lucrativa spricht, so wäre es ein sehr bedenkliches argumentum a contrario, daraus, daß er von dieser bemerkt, ihre Wirksamkeit gegen den Erben sei aufgehoben, auf ihre fernere unverminderte Wirksamkeit in den Fällen, wo sie nicht lucrativ war, zu schließen, besonders da der Fall des bonorum possessor unter dem Ausdrucke des Gajus (Comm. II. §. 56), „nam sciens quisque rem alienam lucrifacit" eigentlich mitbegriffen ist. Dann besteht aber auch das non est lucrativa offenbar nicht in dem Sinne von scientem rem lucrifacere, sondern in dem allgemeineren von lucrifacere, da Gajus ohne Zweifel hier sagen will, daß man wirklich nicht mehr den Gewinn der Sache mache, und so aufgefaßt verliert das spätere „tales usucapiones" seine ausschließliche Beziehung auf improbae pro herede usucapiones. Dagegen sind alle übrigen Gründe entschieden für eine allgemeine Revoca-

---

712) L. 1. pr. D. 43. 2.

713) Die Wirksamkeit der pro herede usucapio von Seiten eines vermeintlichen Erben gegen den wahren Erben nehmen an Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 107 (welcher aber später diese Meinung wieder aufgab), Roßhirt, im Archiv f. civil. Praxis Bd. IX, S. 1 flg. und in seiner Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd. I, S. 121 flg., Savigny, in der Zeitschrift für gesch. RW. Bd. V, S. 21 flg. und Andere bei Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 320, Anm. 1. Dagegen haben sich aber erklärt Arndts, im Rhein. Museum Bd. II, S. 125 flg. und Beitr. zu verschiedenen Lehren des Civilrechtes und Civilprocesses Heft 1 (Bonn 1837), S. 75 flg., Fabricius, im Rhein. Mus. Bd. IV, S. 195 flg., Unterholzner, ebd. Bd. V, S. 26 flg., Löhr, im Archiv für civil. Praxis Bd. XII, S. 85, Anm. 2., Peucer, de usucapionis pro herede natura. Ien. 1835, Vangerow a. a. O., Huschke a. a. O. S. 217 flg.

tion aller pro herede usucapiones. Was zunächst den bonorum possessor betrifft, so war materiell zwischen einem bonorum possessor sine re und einem eigenmächtigen Besitzer der Sache dem heres gegenüber materiell kein Unterschied, und doch fehlt es an einem Grunde, dem bonorum possessor sine re eine lucrativa pro herede usucapio zuzuschreiben. Ueberhaupt hatte nach der obigen geschichtlichen Darstellung nicht nur die lucrativa pro herede usucapio, sondern die pro herede usucapio als solche ihren inneren Gehalt verloren. Denn nachdem die materielle Gerechtigkeit der factischen Succession völlig auf die bonorum possessio übergegangen war und damit feststand, daß auch auf factischem Wege nur noch durch Berufung zur Erbfolge ein materielles Recht an den Erbschaftssachen erlangt werden könne, konnte der Besitz pro herede nicht sowohl, weil er lucrativ, als weil er als solcher auf die universitas gerichtet war, keinen gerechten Titel zum Erwerbe der Sache dem heres oder bonorum possessor gegenüber mehr bilden; was selbst für den bonorum possessor gelten mußte, indem auch in seinem Verhältnisse zum heres nur noch die Eigenschaft seiner bonorum possessio, ob sie cum re oder sine re war, nicht aber die schon vollendete oder noch nicht vollendete Usucapion entscheiden konnte. Es nöthigte also den vermeintlichen Erben dieselbe Billigkeit zur Herausgabe ebensowohl der schon usucapirten, als der noch nicht usucapirten oder der Usucapion gar nicht fähigen Sachen, d. h. aller res et iura pro herede possessa. Auch steht damit das Senatusconsult unter Hadrian, welches die Leistungen des Besitzers bei der hereditatis petitio bestimmte, sowie die uns erhaltene Formel des interdictum Quorum bonorum im Einklange. Jenes Senatusconsult macht zwischen dem bonae und malae fidei possessor insofern keinen Unterschied, als auch der erstere alle Bereicherung, welche er von seinem Erbschaftsbesitze hat, herausgeben soll[714]), und zu dem lucrum, welches ihm entzogen werden soll, gehört offenbar auch die Usucapion von Erbschaftssachen[715]). Die Formel des interdictum Quorum bonorum[716]) unterscheidet nicht, ob der Usucapient ein putativer Erbe war oder nicht, sondern befiehlt alles pro herede Usucapirte ebenso zu restituiren, als wenn es gar nicht usucapirt wäre[717]). Die zweite Frage

---

714) L. 20. §. 6. L. 22. L. 28. D. 5. 3.

715) Daß das von Gajus erwähnte Senatusconsult eine Ergänzung des aus den Digesten bekannten sei oder sogar einen Theil des letzteren bildete, ist sehr wahrscheinlich. Vgl. Huschke a. a. O. S. 218. Vangerow a. a. O.

716) L. 1. pr. D. 43. 2.: ... quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti uti desineres possidere, id illi restituas.

717) Buchholtz, in den krit. Jahrb. f. teutsche RW. Bd. VI, S. 1075 bezieht die Worte „possideresve, si nihil usucaptum esset" nicht auf die pro herede usucapio, sondern auf die Usucapion dessen, was der bonae fidei possessor vom Erbschaftsbesitzer gekauft hat (L. 20. § 21. L. 21. D. 5. 3.) und findet darin einen noch praktischen Unterschied zwischen der hereditatis petitio und dem interdictum Quorum bonorum, daß mit ersterer nur vom malae fidei possessor, mit

betrifft die Form, in welcher die Revocation der pro herede usucapio geltend gemacht wurde. Es wurde hier wohl, weshalb man sich auf die Formel des interdictum Quorum bonorum berufen kann, in der condemnatio zu dem: nisi restituat, quod ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet beigefügt possideretve, si nihil usucaptum esset. Wenn der Besitzer nach der Usucapion veräußert hatte, so übertrug er ohne Zweifel Eigenthum oder das sonstige Recht, welches er an der Sache bestellte. Der Abforderung der Sache bei dem dritten Besitzer von Seiten des Erben stand Folgendes entgegen[718]). Der dritte Besitzer besaß weder pro herede, da er seinen Besitz auf einen singulären Titel stützte, noch pro possessore, da er Eigenthümer war und ihm das nicht zum Vorwurf gereichen konnte, daß er wußte, der Veräußerer würde im Falle der Verklagung zur Zeit seines Besitzes auch zur Herausgabe dieses erworbenen Eigenthums verurtheilt worden sein: denn dieses blos zum Kläger bestehende obligatorische Verhältniß desselben hinderte dessen Veräußerungsbefugniß nicht. Eine utilis rei vindicatio rescissa usucapione ließ sich nicht gegen den dritten Besitzer denken, da die Rescission der usucapio pro herede nur das Erbschaftsrecht, nicht das Eigenthumsrecht als solches wiederherstellte. Dem Erben blieb also nichts übrig, als die hereditatis petitio gegen den Usucapienten anzustellen, wo aber wieder das Bedenken entgegenstand, daß der Usucapient weder eine res hereditaria besaß, selbst wenn die Usucapion rescindirt gedacht wurde, noch auch dolo aufgehört hatte, zu besitzen. Jedenfalls war es aber dem Sinne des Senatusconsultes entsprechend, daß er ebenso behandelt wurde, als wenn er niemals usucapirt hätte, und so mußte er, wenn er bonae fidei possessor war, die Bereicherung, wenn er praedo war, die Sache selbst oder deren Werth, und zwar, wenn sie noch vorhanden war, nach dem iusiurandum in litem des Klägers herausgeben[719]). In dieser Fähigkeit des Usucapienten, an der usucapirten Sache alle Eigenthumsrechte auszuüben, sie zu vindiciren und unwiderruflich zu veräußern, lag nun die praktische Bedeutung, welche die pro herede usucapio auch nach dem Senatusconsulte unter Hadrian behielt und in welcher sie bis zu Justinian fortgedauert hat. Durch die Einführung des crimen extraordinarium expilatae hereditatis unter Marcus Aurelius konnte die lucrativa pro herede

letzterem auch vom bonae fidei possessor die Sache selbst, welche er veräußert hat und hat usucapiren lassen, hätte eingeklagt werden können. Jene Worte aber können, wie Huschke a. a. O. S. 219, N. 65 bemerkt, diese Bedeutung gar nicht haben. Sie beziehen sich offenbar auf Sachen, welche der Beklagte von selbst besitzt, da von dem desinere possidere erst unmittelbar nachher die Rede ist. Der Erklärung Savigny's, zu possideresve blos pro possessore zu verstehen, steht entgegen, daß der, welcher auf diese Weise wissentlich usucapirt, niemals pro possessore, sondern auch stets pro herede usucapirt und pro possessore überhaupt kein Usucapionstitel ist. Huschke a. a. O. S. 219 flg.

718) Vgl. Huschke a. a. O. S. 221.

719) L. 20. §. 21. D. 5. 3.

usucapio umsoweniger abgeschafft werden[720]), als nach ihr freie Wahl zwischen der hereditatis petitio und diesem crimen blieb[721]), und die außerordentlichen criminellen Folgen einer Handlung mit den civilrechtlichen Wirkungen nichts gemein haben. — In Justinian's Rechtsbüchern ist die pro herede usucapio sehr nachlässig behandelt[722]). Bei früherer Auffindung der Institutionen des Gajus würden gewiß zwei Fragen sehr bestritten sein: erstens, ob auch im Justinianeischen Rechte noch die lucrativa pro herede usucapio gelte; zweitens, ob Grundstücke pro herede nicht schon in drei Jahren usucapirt werden. Für das erstere ließe sich anführen, daß ausdrücklich auch dem wissentlichen Besitzer einer Erbschaftssache der Besitz pro herede beigelegt wird[723]); daß der pro herede possessor auch in der Usucapionslehre mit dem malae fidei possessor ex titulo singulari zusammengestellt wird[724]); daß von der Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, in Anwendung auf die lucrativa und non lucrativa pro herede possessio die Rede ist[725]) und daß ohne Annahme der Fortdauer einer lucrativa pro herede usucapio die L. 2. §. 1. D. 41. 5. ganz müssig steht, während andererseits nirgends von der Nothwendigkeit der bona fides bei der pro herede usucapio die Rede ist. Ebenso läßt sich für den zweiten Satz anführen, daß Justinian an die Stelle des einen Jahres der Usucapion drei Jahre gesetzt habe[726]). Es hieße aber einen unverantwortlichen Gebrauch von neu aufgefundenen Quellen der Rechtsgeschichte machen, wollte man die neuen Beziehungen, in welche dadurch die Justinianeischen Rechtsbücher zu dem älteren römischen Rechte traten, zur Rüttelung an Rechtssätzen, welche seit vielen Jahrhunderten unbestritten feststehen, benutzen. Auch spricht der Umstand, daß vor Entdeckung des Gajus Niemand die Ansicht aufgestellt hat, pro herede könne auch mala fide und ein Grundstück in drei Jahren ersessen werden, sehr dafür, daß eine solche Ansicht mit dem ganzen Geiste der Usucapionslehre, wie sie in den Justinianeischen Rechtsbüchern, insbesondre in den allgemeinen Stellen[727]) dargestellt ist, in Widerspruch treten würde. Für seine Zeit aber hat Justinian auf die Ignorirung aller früheren Rechtsquellen bei seinen Unterthanen sicherlich zu viel vertraut, wenn er das bloße, oft zweideutige und nicht einmal consequent durchgeführte Schweigen über die früheren Eigenthümlichkeiten des Titels pro herede zur Unterdrückung der über deren Fortdauer möglichen Zweifel für hinreichend

---

720) Dies nimmt Arndts, im Rhein. Museum Bd. II, S. 133 an. Vgl. dagegen Huschke a. a. O. S. 222.

721) L. 3. D. 47. 19.

722) Vgl. Huschke a. a. O. S. 222 flg.

723) L. 11. pr. D. 5. 3.

724) L. 4. §. 23. 24. D. 41. 3.

725) L. 33. §. 1. D. 41. 3.

726) L. un. C. VII. 31.

727) Pr. Inst. II. 6. L. un. C. VII. 31.

hielt. Auch liegt ein Mangel an Consequenz darin, daß er bei der hereditatis petitio die Rescission der pro herede usucapio ganz unberücksichtigt ließ, was in Verbindung mit dem Sinne, in welchem er vielleicht die L. 1. C. VII. 29. verstanden wissen wollte, auf die Ansicht führt, daß diese Usucapion der Erbschaftsklage gegenüber ipso iure nicht mehr gelten solle, wogegen sie in den späteren Theilen der Digesten als ein giltiger Erwerb erscheint, welcher in dem interdictum: Quorum bonorum nur rescindirt wird. — Für die longi temporis possessio et praescriptio hat der Titel pro herede nie gegolten oder mit anderen Worten: dieselbe konnte der hereditatis petitio niemals entgegengesetzt werden[728]). Als Grund dieses Satzes wird in der zweiten Stelle (L. 7. C. III. 31.) angegeben: cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. Zum Verständnisse dieses Grundes ist Folgendes zu bemerken. Die longi temporis praescriptio ist im älteren Rechte nicht wie die usucapio ein Eigenthumserwerb, sondern eine Einrede gegen eine in rem actio. Sie hat zwar insofern mit der Usucapion dieselbe Idee zur Grundlage, daß auch sie einen factischen Zustand wegen seiner langen Dauer bekräftigen will; dies thut aber die Usucapion von innen aus, d. h. dem Rechte selbst nach, indem sie das Eigenthum von dem bisherigen Eigenthümer auf den Besitzer überträgt; die longi temporis praescriptio hingegen geht von dem Aeußeren, dem Besitze und obrigkeitlichen Schutze im Genusse der Sache aus, indem sie den Besitzer gegen Jeden vertheidigt, welcher ihm vermöge eines Rechtes an der Sache den Besitz durch Klage entziehen will. Daraus ergiebt sich die erste Verschiedenheit beider Institute, daß die Usucapion blos mit der Proprietät zu thun hat und theils Rechte des Besitzes oder Genusses, wie das Pfandrecht oder den Nießbrauch, theils auch die Ausübung des Rechtes in der Klage als solche gar nicht berührt, während die longi temporis praescriptio umgekehrt jedes den Besitz oder Genuß betreffende Recht umfaßt und nur die Ausübung dieser Rechte in der Abforderung des Besitzes ausschließt. Aus dieser äußerlichen Natur der longi temporis praescriptio folgt ferner die Untauglichkeit des Titels pro herede für sie. Denn der Titel pro herede besteht eigentlich darin, daß man die Erbschaftssachen kraft behaupteten Erbrechtes an sich nimmt oder die Person des Erblassers für die von ihm hinterlassenen Sachen als mit sich vereint betrachtet. Dieses Erbrecht ist aber nichts Aeußeres, nichts Besitzbares, wie wenigstens zur Zeit des Ursprunges der longi temporis praescriptio längst anerkannt war[729]); es hat als familia nur einen iuris intellectus, welcher in das Eigenthum oder den Eigenthumsbesitz der einzelnen Erbschaftssachen als sein einziges Aeußere ausgeht, und wenn demnach zwar die usucapio, weil sie das Recht erfaßt, darauf in-

728) L. 4. C. VII. 31. L. 7. C. III. 31. Vgl. Huschke a. a. O. S. 225—229.

729) Gai. Inst. Comm. II. §. 54.

soweit anwendbar bleibt, als es in jenem Aeußeren, den körperlichen Erbschaftssachen erworben werden soll, so doch nicht die longi temporis praescriptio zur Ausschließung der hereditatis petitio; denn weder ist der Besitz des pro herede possidens jener äußerliche Besitz, welchen die l. t. praescriptio sicher stellt, sondern richtet sich vermöge des pro herede nothwendig auf das Recht an den einzelnen Sachen, noch ist die hereditas in dem Sinne eine in rem actio, daß sie die einzelnen Sachen als solche oder als äußerlich besitzbare in Anspruch nähme und abforderte. Sowie sie auf Seiten des Klägers nicht res hereditarias, sondern hereditatem eius esse oder eum heredem esse behauptet, so wird sie auch gegen den Beklagten nicht als Inhaber der Sachen schlechthin, sondern nur als Ableugner des heredem esse durch eigenes pro herede possidere angestellt. Sie ist demnach zwar eine in rem actio, aber mit gemischt persönlicher Natur, indem sie zwar das se heredem oder hereditatem suam esse ebenso wie die rei vindicatio das rem suam esse als absolutes Recht behauptet, aber die Herausgabe des äußerlichen Besitzes der einzelnen Sachen nicht wie die rei vindicatio als unmittelbare Folge der in rem actio als solcher, sondern auf Grund des vom Kläger bewiesenen, mithin bei dem Beklagten nicht vorhandenen heredem esse von diesem als non heres, folglich als eine officio iudicis vermittelte persönliche Klage verfolgt. Dieses spricht sich auch in der Formel beider Klagen aus. Denn während es bei der rei vindicatio wie in der intentio: rem suam esse, so in der condemnatio: nisi rem restituat, heißt, geht bei der hereditatis petitio die intentio blos auf hereditatem suam esse, die condemnatio aber auf nisi id, quod ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet, restituat. Da nun die longi temporis praescriptio nicht stattfindet, wenn die Herausgabe der Sache als persönliche Leistung, sondern nur, wenn sie unmittelbar vermöge einer in rem actio gefordert wird, so ist der Titel pro herede auch nach der Natur der hereditatis petitio ungeeignet, den Besitzer durch longi temporis praescriptio zu schützen. Auch bei der l. t. praescriptio ist es übrigens, wie die Sache selbst ergiebt und die in Note 728 angeführten Stellen bestätigen, gleichgiltig, ob der Besitzer glaubt Erbe zu sein oder nicht. Da nun im Justinianeischen Rechte die usucapio in sehr vielen Stücken die Natur der longi temporis possessio angenommen hat, so hat man mit Recht auch hieraus geschlossen, daß die Justinianeische pro herede usucapio auch dem vermeintlichen Erben gegen den wirklichen Erben nicht zu Statten komme[730]). 2) Die usureceptio fiduciae[731]) bildet den zweiten durch Gajus erst bekannt gewordenen Fall, wo eine Usu-

730) Arndts, im Rhein. Museum Bd. II, S. 137 flg. Vangerow a. a. O. Huschke a. a. O. S. 229.

731) Vgl. besonders Huschke a. a. O. S. 229—267. Der Ausdruck usureceptio fiduciae selbst kommt nicht vor, wohl aber der Ausdruck usureceptio bei Gai. Inst. Comm. II. §. 59., der indessen auch §. 61 bei der usureceptio ex praediatura vorkommt.

capion ohne bona fides stattfindet. Fiducia[732]) nach der allen abgeleiteten Bedeutungen zum Grunde liegenden Hauptbedeutung ist ein Vertrauen mit völlig persönlicher Hingabe. In juristischer Anwendung heißt fiducia ein solches Geschäft, durch welches man etwas — Person oder Sache — von der Persönlichkeit aus, d. h. gleichsam die Persönlichkeit selbst, insofern sie darin liegt, dem Anderen anvertrauungsweise hingiebt. Darin liegen folgende weitere Bestimmungen: Erstens giebt es keine fiducia ohne eigentliche datio, Hingabe des Rechtes selbst[733]), wodurch schon sich die fiducia von manchen verwandten Geschäften, z. B. von der pignoris datio, meistens auch dem depositum, unterscheidet. Zweitens muß diese Hingabe blos anvertrauungsweise geschehen, so daß der Empfänger, obgleich er formell das volle Recht an dem Gegenstande hat, doch materiell es als ein fremdes ansehen muß: wobei aber nicht ausgeschlossen ist, daß der Empfänger auch ein Interesse an dem Empfange habe, z. B. der Gläubiger das Interesse der Sicherung für seine Forderung. Drittens muß, worin gerade das Charakteristische der fiducia liegt, der Gegenstand dieser Anvertrauung etwas Persönliches, die familia selbst in irgend einer Beziehung sein. Die familia hat nach römischem Rechte zwei Seiten oder Richtungen, indem sie auf der einen Seite die Personen als solche (pater, mater, filiusfamilias), auf der anderen Seite aber auch die Jemandem unterworfenen Sachen, nicht als einzelne, sondern insofern sie noch mit der Person eins sind, die Vermögensgesammtheit in ihnen zur Erscheinung kommt, umfaßt. Es giebt a) Fälle, in welchen die Person selbst Gegenstand der fiducia ist. Abgesehen von der Frage, ob das alte nexum hierher gehöre, welches Manche als eine sui mancipatio auffassen, gehört jedenfalls hierher die coemtio der Frauen, bei welcher, weil hier die familia in einer Person Gegenstand der Uebertragung war, auch eine fiducia vorkommen konnte, sobald nämlich der Grund und die Absicht der Uebertragung nicht Ehe — in deren Falle eine materielle Hingabe in das Recht des Mannes um dessen willen stattfand — sondern eine im bloßen Interesse der Frau geschehene Anvertrauung war, z. B. um ein Testament machen zu können, gesetzliche Tutoren oder die Last der sacra privata, welche auf einer gethanen Erbschaft beruhte, los zu werden (fiduciaria coemtio)[734]). Hier bedung sich die Frau bei der coemtio aus, daß sie selbst einem Dritten und nachdem sie von diesem manumittirt sein würde, ihr Vermögen ihr selbst remancipirt werden solle. Ein zweiter Hauptfall der

---

732) Von neueren Schriften über die fiducia ist zu erwähnen Zachariae, Comm. de fiducia. Goth. 1830., wo p. 4 die frühere Literatur aufgeführt ist. Gelegentliche Aeußerungen darüber finden sich bei Sell, de Romanor. nexo et mancipio p. 67 sq. Puchta, Institutionen Bd. 2, S. 698 flg. Rudorff, in der Zeitschrift für gesch. RW. Bd. XIII, S. 182 flg. Siehe besonders Huschke a. a. O.

733) Gai. II. 59. Paul. Sent. Lib. II. Tit. 13. §. 6. Lib. V. Tit. 1. §. 1.

734) Gai. I. 114. 115.

rein persönlichen fiducia war, wenn der Vater seinen filiusfamilias blos anvertrauungsweise mancipirte, was geschah, so oft die Auflösung der väterlichen Gewalt bezweckt wurde; die lex fiduciaria lautete bei den ersten beiden Mancipationen auf Manumission, damit der Sohn wieder in die väterliche Gewalt zurückfiele, bei der dritten auf Remancipation[735]). Verwandt dem vorigen ist der dritte Fall, der der Remancipation einer Frau von Seiten ihres coemtionator, um sie aus der manus zu entlassen. In diesen drei Hauptanwendungen der fiducia auf das unmittelbar Persönliche ist es ein integrirender Bestandtheil der familia, welcher hingegeben wird, die mulier coemtionem faciens selbst, derjenige, welcher in der patria potestas sich befindet, diejenige, welche in der manus steht. Es giebt ferner b) Fälle, in welchen der sächliche Theil der familia Gegenstand der fiducia ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Mancipation der familia pecuniaque an den familiae emtor in dem testamentum per aes et libram hierher gehöre, was, obgleich es von Manchen angenommen wird, doch nicht richtig zu sein scheint, da hier nie von einer fiducia die Rede ist, auch der familiae emtor nicht fiduciarius in den Quellen genannt wird[736]). Es gehören hierher drei Fälle; der erste, welcher gemischter Natur ist, ist die bereits unter a. erwähnte coemtio fiduciaria, welche zugleich auf die Person der Frau und auf deren Vermögen ging; der zweite ist die fiducia cum creditore, um denselben wegen einer Forderung zu sichern, der dritte die fiducia cum amico, um z. B. im Falle der Abwesenheit oder gegen einen gefürchteten mächtigen Gegner seine Sachen sicherer als bei sich selbst zu wissen[737]), jene als inneres rechtliches Institut dem pignus, diese ebenso dem depositum als ihren mehr factischen, äußerlichen Gegensätzen entsprechend. In den beiden letzten Fällen scheint die gegebene Begriffsbestimmung der fiducia, daß sie wesentlich stets nur die familia zum Gegenstande gehabt habe, nicht zuzutreffen, weil überall res, z. B. ein Sclave, ein Grundstück u. s. w. als deren Gegenstände erwähnt werden. Allein sowie die familia persönlich nur in diesen und jenen aus personae besteht, so besteht sie sächlich nur in den verschiedenen res und nicht die einzelnen Sachen als solche, sondern nur insofern sie die familia mit ausmachten, diese in einer jeden als einem constituirenden Bestandtheil derselben mit lag, waren Gegenstand der fiducia. Es ist hier derselbe Unterschied wie bei den Erbschaftssachen, nämlich zwischen den res hereditariae als solchen, welche z. B. nur mit der hereditatis petitio eingeklagt werden können und durch die in iure cessio hereditatis mit Einem Male auf den Cessionar übergehen und denselben Sachen als einzelnen, auf welche das ganze Recht der singularum rerum acquisitiones Anwendung findet.

---

735) Gai. I. 132. Epit. I. 6. §. 3. §. 8. Inst. III. 2. L. 2. §. 15. D. 38. 17. L. 3. Th. C. V. 1.

736) Vgl. Huschke a. a. O. S. 240 flg., welcher auch noch andere Gründe dagegen anführt.

737) Gai. II. 60. Boeth. in Cic. Top. Lib. IV. p. 39. ed. Orell.

Zum Beweise dieser Ansicht dient, außer der Totalanschauung dieses Institutes, vorzüglich das, daß die fiducia nur durch mancipatio oder in iure cessio eingegangen werden konnte und es dabei durchaus keinen Unterschied machte, ob die Sache als einzelne res mancipi oder nec mancipi war. Wäre nämlich die einzelne Sache als solche Gegenstand der fiducia gewesen, so ist nicht abzusehen, warum nicht namentlich eine res nec mancipi auch durch Tradition hätte zur fiducia gegeben werden können, da auch neben dieser eine lex dicta dationi civilrechtlich obligirt: hier entstand aber nicht die fiduciae actio, sondern die civilis in factum actio. War dagegen eigentlich die familia oder die Person, insofern sie im Sächlichen berechtigt ist, das, was in der Sache zur fiducia gegeben wurde, so war ihr Gegenstand auch mancipi, gleichviel ob die Sache als einzelne mancipi oder nec mancipi sein mochte, und konnte mithin nur durch Mancipation oder die ihr gleichgeltende in iure cessio übertragen werden. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird ferner dadurch bestätigt, daß die fiducia ebensowohl bei Personen als bei Sachen vorkommen konnte, was bei keiner Art von Contracten, welche sich auf einzelne Sachen beziehen, gilt; Personen und Sachen treffen aber eben blos in der familia zusammen, wie denn auch an die Personen, welche zur fiducia gegeben werden, ihrer Natur gemäß sogleich ein Vermögen sich anschließt oder wenigstens sich anschließen kann, bei der mulier coemtionem faciens ihr wirkliches Vermögen, bei dem filiusfamilias das peculium, bei der materfamilias remancipata die dos, obgleich in den beiden letzteren Fällen diese Quasivermögen nicht zugleich wirklich mancipirt wurden. Ein dritter Beweisgrund für diese Ansicht liegt in der eigenthümlichen Formel der actio fiduciae im Gegensatze aller bonae fidei actiones aus blos singulären Obligationsgeschäften, wie man solche, entsprechend den Erwerbungen aus singulären Titeln, wohl nennen kann. Zwar gingen beide wohl ohne Zweifel auf dare facere oportere, weil diese Ausdrücke überhaupt den sächlichen Einzelinhalt der bonae fidei obligationes bezeichnen; aber aus singulären Obligationsgründen klagte man schlechthin auf dare facere oportere ex fide bona, d. h. hier wurde dieser sächliche Einzelinhalt der Obligation unmittelbar als solcher gefordert und auch nur von der fides abhängig dargestellt, welche das einzelne sächliche Thun und Lassen gegen einander regulirt. In der fiduciae actio hingegen lautete die intentio: quidquid paret N. N. A. A. dare facere oportere ex fide bona ita, uti inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione. Hier wurde also das äußere sächliche Leisten (dare, facere) von dem agere, dem persönlichen Handeln, abgeleitet und zugleich Treu und Glaube, wie sie für dieses im Zusammentreffen der Personen selbst als der Centra der Rechtssphären gelten (inter bonos viros) und erst von da aus auf das einzelne Sächliche influiren (sine fraudatione), als Richtschnur hingestellt[738]). Ein eben solcher aus universellem Grunde

738) Cic. de offic. Lib. III. cap. 15. 17. Top. cap. 17. Epist. ad familiar.

abgeleiteter Obligationsinhalt erscheint auch in den Worten der Formel, mit welchen der fiduciae causa dans, als Erwerber der Hauptobligation aus dem durch mancipio datio oder in iure cessio eingegangenen Geschäfte, sein Contractsrecht bezeichnete: Hanc ego rem tibi fiduciae causa (z. B.) quo tutius ea apud te esset, mancipio dedi, eamque tu mihi ita remancupato, uti ne propter te fidemque tuam captus fraudatusve siem[739]). Denn es heißt nicht, wie sonst gewöhnlich, ob eam rem, sondern mit Richtung auf die Person, propter te fidemque tuam, und gleicherweise wird auch zunächst die Person und nur von da aus deren sächliches Interesse als durch die Rechtswidrigkeit des Anderen verletzt mit den Worten captus fraudatusque dargestellt; denn diese verhalten sich zu einander ebenso wie agere und dare facere, familia pecuniaque, indem das erstere die Berückung der Person, das letztere die dadurch bewirkte sächliche Beschädigung bezeichnet. Endlich liegt ein Beweisgrund für diese Ansicht noch darin, das nur der mit Restitution der hereditas (diese ist aber auch familia) belastete Erbe fiduciarius hieß, nicht auch der mit Restitution einer einzelnen Sache Belastete. — Wenn nun die Sache eigentlich nur von der Seite her, wonach sie familia war, zur fiducia hingegeben wurde, so erwarb der Fiduciar zwar vollkommenes Eigenthum an ihr, aber nicht an ihr als einzelner Sache oder vermöge eines singulären Titels, sondern insofern die universitas bonorum in ihr lag oder vermöge eines universellen Titels, und damit wird auch das andere charakteristische Merkmal der fiducia, daß sie blos im Interesse des Fiducianten zu formellem Rechte hingegeben wird, näher bestimmt. Die familia ist nämlich, wie alles Persönliche, wesentlich untheilbar und unveräußerlich, nicht ebenso die Sachen, in welchen sie ausgeht; von diesen gilt vielmehr dasselbe wie von den res hereditariae, z. B. bei der in iure cessio hereditatis. Aber wenn nun eine Sache von Seite der familia her übertragen wird, so hat der Erwerber von selbst daran nur ein formales Eigen, weil sie ihm nicht aus dem Rechte seiner Person (iure suae familiae), sondern aus dem des Fiducianten gehört, und dieses Recht als solches (als familia) unveräußerlich ist, ja als für den Fiducianten fortdauernd durch die lex fiduciae: Hanc ego rem tibi fiduciae causa mancipio dedi, eamque tu mihi remancupato, uti ne propter te fidemque tuam captus fraudatusve siem, noch ausdrücklich vorbehalten wird. Kurz, die Sache ist zwar sein, aber als res alienae familiae, welche familia nur dadurch, daß die einzelne Sache in sein Eigenthum übergehen konnte, in ihr und mit ihr für den beabsichtigten Zweck gleichsam in seine Gefangenschaft gerathen ist. Hierdurch unterscheidet sich nun die fiducia wesentlich von allen anderen mit Eigenthumsübertragung verbundenen, auf Rückgabe gehen-

---

Lib. VII. ep. 12. Vergl. das Nähere über die Construction der Formel bei Huschke a. a. O. S. 246, N. 104.

739) Cic. de offic. Lib. III. cap. 17. Vgl. Huschke, über das Recht des nexum S. 23.

den Geschäften und daraus erklärt sich, weshalb die fiduciae datio ebensowenig wie die Beerbung für eine eigentliche Veräußerung, durch welche das Legat der Sache aufhört, gehalten wurde[740]) und wie bei der fiducia zur Sicherung einer Forderung das Verfallen der fiducia für den Nichtzahlungsfall ausgemacht werden konnte; denn dies hieß nun soviel als, die Sache sollte von da an dem Gläubiger auch iure suae familiae gehören, daher nun z. B. die Sache, wenn sie nec mancipi war, nicht mehr durch Remancipation an den Fiducianten zurückveräußert werden konnte. Es erklären sich aber auch hieraus alle Eigenthümlichkeiten der usureceptio fiduciae und deren Verwandtschaft mit dem ja ebenfalls universellen Titel pro herede. Die Stellen des Gajus[741]) über die usureceptio fiduciae ergeben folgende Eigenthümlichkeiten dieser Usucapion: a) sie entbehrt scheinbar alles Titels; b) sie verlangt keine bona fides; c) sie wird auch bei Grundstücken in einem Jahre vollendet; d) in der wissentlichen Besitznahme der Sache liegt kein furtum; e) der Usucapionsbesitz wird selbst dann angenommen, wenn der Usucapient vom Eigenthümer den Besitz gemiethet oder auf Widerruf sich ausgebeten hat, mit bloßer Ausnahme des Falles, daß bei einer Pfand-Fiducia die Pfandschuld noch nicht bezahlt war. Was a) den Titel anlangt, so ist dieser nicht etwa der Titel pro suo, wenigstens nicht in seiner gewöhnlichen Bedeutung; denn dieser Titel geht auf die einzelne Sache als solche, deren Usucapionsbesitz man von sich selbst ableitet; sondern der Usucapient besitzt die Sache deshalb, weil sie familiae suae, seine familia, welche als solche unveräußerlich war, in dieser Sache zu ihm gleichsam aus der Gefangenschaft zurückgekehrt war. Der Titel ließe sich also höchstens mit pro domino bezeichnen, wenn man darunter nämlich ebenso die Berechtigung am ganzen eigenen Vermögen, nicht an der einzelnen Sache als solcher, verstehen dürfte, wie pro herede entschieden die Berechtigung am Vermögen eines Verstorbenen bezeichnet. Da nun aber dieser Sinn des Wortes dominus jedenfalls nicht feststeht, so wurde gewiß richtiger der Titel durch das Wort usureceptio angedeutet, indem damit die der fiducia eigenthümliche Art der Gefangenschaft der familia, aus welcher man die Sache usu gewissermaßen in ihren ursprünglichen Rechtsstand zurückerwirbt, vollständig ausgedrückt liegt. Bei weiterer Veräußerung der Sache von Seiten des Fiduciars fand die usureceptio ohne Zweifel in dem Falle nicht mehr statt, wenn der Fiduciar nach ihm von dem Fiducianten ertheilter Erlaubniß, welche sich später bei der Pfand-Fiducia schon von selbst verstand, veräußert hatte, weil die Sache nun nicht mehr blos als familiae alienae, sondern aus dieser familia heraus als einzelne Sache veräußert und erworben war. Ebenso auch, wenn die fiducia dem Fiduciar selbst vermöge der lex commissoria verfallen oder durch Erlaß der ausbedungenen Reman-

740) Paul. Sent. Lib. III. Tit. 6. §. 16.
741) Gai. Inst. Comm. II. §. 59. 60. Comm. III. §. 201.

cipation geschenkt war. Außer diesen Fällen aber mußte die usureceptio des Fiducianten fortdauern, da das in der objectiven Beschaffenheit des fiduciarischen Eigenthumes an der Sache begründete Verhältniß des Fiducianten zu ihr durch die Veräußerung keine Aenderung erleiden konnte. b) Die bona fides war nicht nöthig, weil der Usucapient, indem er nicht die einzelne Sache als solche, sondern insofern sie familiae suae war, in Besitz nahm, in der That nur zu sich selbst im Verhältniß stand. Denn wenn auch der Fiduciar das Eigenthum an der Sache hatte, so hatte er es doch nur so, wie der heres, kraft universellen Titels, und in diesem vertrat er gleichsam nur die Stelle des Fiducianten, wie heres und pro herede die des Verstorbenen. c) Da ferner die Sache, vermöge der vorbehaltenen Remancipation, nicht als einzelne, sondern insofern sie familia ist, besessen und usucapirt wird, so kann auch stets nur die für ceterae res vorgeschriebene Zeit eines Jahres zur Anwendung kommen, ebenso wie bei der pro herede usucapio. Dies läßt sich aber nur im Verhältniß zum Fiduciar behaupten. Denn hatte dieser weiter veräußert, so besaß der neue Eigenthümer die Sache nicht mehr unter dem blos gegen den Fiduciar ausbedungenen Vorbehalte der fortdauernden familia und sowenig sie dann von dem jetzigen Eigenthümer, wenn sie nec mancipi war, dem Fiducianten hätte remancipirt werden können, ebensowenig konnte sie dieser durch Usucapion anders denn als einzelne Sache von ihm in Besitz nehmen und erwerben. d) Ein furtum liegt in der Besitznahme nicht, weil der Fiduciar kein factisches Interesse an der Sache hat, aus welchem sie entwendet werden könnte. Denn er besitzt sie zwar körperlich; was aber den animus anlangt, auf welchen es bei der Begriffsbestimmung des factischen Interesse der Person (der subjectiven possessio), aus welchem entwendet sein muß, wenn ein furtum vorliegen soll, allein ankommt, so will er sie nicht als eine einzelne ihm gehörige (pro suo), sondern als familia und zwar familia aliena besitzen, folglich mit Anerkennung des fremden Eigenthumsinteresse. Deshalb muß auch der Eigenthumsbesitz (civilis possessio) einer zur fiducia hingegebenen Sache dem Fiducianten zugeschrieben werden; denn wenn er auch durch die Mancipation oder in iure cessio das Eigenthum übertragen hatte und damit auch die Detention dem Fiduciar überlassen sein konnte, was bei der fiducia cum amico ohne Zweifel regelmäßig geschah, so hatte sich doch hinsichtlich des animus dominii (pro suo) im Besitze der einzelnen Sache als solcher, auf welche sich selbst jene Mancipation gar nicht bezog, nichts geändert, und folglich besaß der Fiduciar die Sache alieno nomine, daher auch, wenn ein bonae fidei emtor die Sache zur fiducia gegeben hatte, er ohne Zweifel zugleich pro emtore fort usucapirte. Hieraus erklärt sich e) die letzte Eigenthümlichkeit der usureceptio, daß sie selbst dann eintrat, wenn der Fiduciant die Sache vom Fiduciar gemiethet oder precario zugestanden erhalten hatte; denn da er selbst an der einzelnen Sache als solcher das alleinige Interesse hatte, so kam nothwendig der Satz materiell zur An-

wendung: suae rei non est conductio, precarium u. s. w.; aus demselben Grunde konnte der Fiduciant ohne Zweifel die Sache vom Freundschafts-Fiduciar auch nicht kaufen [742]) oder als depositum, commodatum oder pignus empfangen. Waren aber alle solche Geschäfte ungiltig, so wurde dadurch auch der Eigenthumswille des Usucapienten an der Sache als suae familiae nicht gehindert. Sowie es nun aber mit der fiducia sich vertrug, daß dem Fiduciar die Detention der Sache übergeben wurde, so konnte demselben auch der wirkliche Besitz übertragen werden, sofern es nur nicht der Eigenthumsbesitz war (welcher allerdings ebenso wie die Uebertragung des Eigenthums an der einzelnen Sache als solcher mit der fiducia im Widerspruche gestanden hätte) und eine solche Besitzübertragung war schon nach der Natur des Geschäftes in der fiducia cum creditore contracta enthalten, weil hier die Sache dem Gläubiger pignoris iure für sein Geld haftete; was nicht so zu verstehen ist, als habe der Gläubiger ein eigentliches pignus an ihr gehabt, sondern dahin, daß er sich ebenso an sie zu seiner Befriedigung, wofür sie nur als einzelne Sache geeignet war, sollte halten können, wie an eine verpfändete Sache. So lange also der Gläubiger nicht befriedigt war, hatte er wegen seiner Forderung das Interesse am Besitze der einzelnen Sache als solcher; er konnte zwar nicht die Sache, wohl aber den Besitz derselben dem Fiducianten giltig vermiethen, precario einräumen, commodiren, bei ihm deponiren, und war dieses geschehen, so war die usureceptio unstatthaft, weil der Fiduciant weder animo domini den Besitz erlangt hatte, noch ipse sibi causam possessionis mutare poterat. Es kann zweifelhaft sein, ob der Fiduciant, wenn er dem Gläubiger die Sache wegnahm, ein furtum beging und deshalb nicht usucapiren konnte. Die Stellen bei Gajus geben darüber keine sichere Auskunft. In der zweiten Stelle, wo er von der usureceptio fiduciae handelt [743]), ist es nicht klar, ob er den Fall meint, wo der Schuldner im Besitze der fiducia geblieben ist, oder den Fall, wo er sich den Besitz der Sache vom Gläubiger erst wieder verschafft hat, und überhaupt verweist er hier wegen des Näheren auf die erste Stelle [744]); hier ist es aber ebenso unklar, ob er von dem Falle eines mit der Mancipation nicht übertragenen Besitzes spricht, in welchem ja die conductio und das precarium auch denkbar sind oder von dem des vom Gläubiger erst wieder erlangten Besitzes, theils wird hier auch ein Unterschied zwischen schon bezahlter und noch nicht bezahlter Pfandschuld, an welchen auch in der zweiten Stelle gedacht sein könnte, gemacht, so daß blos im ersteren Falle kein

742) Dem Fiduciar selbst konnte der Fiduciant freilich auch nicht verkaufen, aus demselben hier nur formell zur Anwendung kommenden Grunde; wohl aber konnte er einem Dritten verkaufen, bei der fiducia cum amico schlechthin, bei der Pfandfiducia so, daß er mit dem Kaufgelde den Gläubiger befriedigte und nun die remancipirte Sache dem Käufer leistete. Paul. Sent. Lib. II. Tit. 13. §. 3.

743) Gai. III. 201.

744) Gai. II. 60.

furtum anzunehmen wäre. Huschke[745]) nimmt auf das verwandte Recht des pignus Rücksicht. Nach dem, was er als Resultat der davon sprechenden Stellen erkennt und was theilweise von den Darstellungen anderer Schriftsteller abweicht, macht er folgende Anwendung auf die fiducia. Die Sache wurde durch Entwendung derselben von Seiten des Fiducianten nach den 12 Tafeln res furtiva und der Usucapion entzogen, wenn die Entwendung vor Tilgung der Pfandschuld geschah und so beschränkte sich die lucrativa usureceptio einer beweglichen Sache damals auf den Fall, wenn die Sache gar nicht in den Besitz des Fiduciars übertragen war, wogegen Verkauf von Seiten des Fiducianten die Sache auch furtiv machte. Die Frage, ob das vitium rei im Falle einer vom Fiducianten aus dem Besitze des Fiduciars entwendeten fiducia nach der lex Atinia gehoben wurde, hält er für noch bestrittener als bei dem pignus. Dagegen spreche, daß man nicht sagen konnte, die Sache sei in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt und daß die fiducia nicht so wie das pignus von der usucapio unberührt bleibt; dafür spreche, daß das Eigenthum des Fiduciargläubigers doch immer nur einen stellvertretenden universellen Grund hatte und dem Wesen nach der Fiduciant als der bei dem Einzeleigenthum Interessirte angesehen werden mußte, wogegen die Pfandbefugniß des Fiduciars ganz ebenso wie bei dem pignus außer Beziehung zu dem Einzeleigenthum stand. Dieses letztere Argument hält er für das überwiegende und demnach zur Zeit des Gajus die lucrativa usureceptio auch bei der vom Schuldner aus dem Gewahrsam des Fiduciargläubigers entwendeten Sache für zulässig. Unzweifelhaft konnte, wenn der Fiduciar die Sache weiter veräußert hatte, der Fiduciant die Sache nicht ohne furtum an sich nehmen. Aber auch, wenn er sie durch irgend ein Rechtsgeschäft von einem dritten Besitzer erlangte, war die usureceptio fiduciae unstatthaft, weil er nun causam possessionis ipse sibi mutare non poterat. Die Bezeichnung der usureceptio fiduciae gegen den noch unbefriedigten Gläubiger als einer lucrativa hat eine etwas andere Bedeutung als dieselbe Bezeichnung bei der pro herede usucapio. Bei dieser wurde das Eigenthum dem Erben, welches er sowohl universell als an der einzelnen Sache als solcher hatte, wissentlich entzogen; durch die usureceptio hingegen verlor der Gläubiger eigentlich nur seine durch die Eigenthumsklage zu schützende Pfandbefugniß, auf welche direct die Usucapion sich gar nicht bezieht. 3) Der dritte uns erst durch Gajus bekannt gewordene Fall der Usucapion, durch welche man wissentlich eine fremde Sache erwirbt, wo es also auf bona fides nicht ankommt, ist die usureceptio ex praediatura[746]). Ueber die Gründe derselben geben die Rechtsverhältnisse der Prädiatur nähere Auskunft[747]). Der manceps und praes hafteten

745) Huschke a. a. O. S. 256 flg.

746) Die einzige darüber vorhandene Stelle ist Gai. Inst. Comm. II. §. 61. Vgl. Huschke a. a. O. S. 267 flg., dessen Darstellung wir folgen.

747) Vgl. darüber Huschke, in der Recension von Rudorff, das Acker=

dem römischen Volke auf die besondere Weise, daß nicht blos, wie in privatrechtlichen Contracten, die Person selbst, sondern auch ihr Vermögen, kurz, der Bürger, wie er im Census und in der Centurienverfassung einen Staatsbestandtheil bildete, von der Obligation ergriffen wurde, weshalb man sein Vermögen bona praedia nannte und ihn selbst praes. Damit aber der Staat hinsichtlich der bona praedia auch gesichert wäre, es mit hinlänglich begüterten Leuten zu thun zu haben, mußte der manceps und ebenso auch jeder praes unvergängliche werthvolle Sachen, gewöhnlich Grundstücke, in einer von ihm zu unterschreibenden Urkunde dem Aerar nachweisen (praedia obligare, subsignare). Darin lag nicht etwa eine besondere Verpfändung dieser Sachen im Sinne des gewöhnlichen späteren Pfand- und Hypothekenrechtes, sondern diese obligatio praediorum war nur die zugleich das Vermögen ergreifende Obligation des manceps oder praes selbst, mit besonderer Hervorhebung der bezeichneten Sachen; der Staat hatte also auch blos das Recht, diese Obligation geltend zu machen, die, wie jede, gegen die familia, d. h. die Person — hier nur zusammen mit dem Vermögen — ging, und nur darin verlieh ihm die Hervorhebung der subsignirten Sachen eine eigenthümliche Art der Geltendmachung dieses Rechtes, daß, während sonst nur der Verkauf der familia pecuniaque im ganzen (sectio bonorum) gestattet war, er sich nun an diese einzelnen Sachen besonders halten, d. h. sie allein verkaufen konnte, vielleicht auch, wenn sie hinreichten, allein verkaufen mußte und wenigstens aus Schonung für den Schuldner es gewöhnlich that. Im übrigen läßt sich wohl annehmen, daß, auch wenn eine solche Subsignation nicht geschehen war, der Staat wenigstens später einzelne Sachen des Schuldners vermöge seiner obligatio praedis verkaufen durfte, weil, wenn ihm dieses Recht gegen die ganze familia pecuniaque zustand, es ihm auch gegen deren einzelne Stücke zustehen mußte. Wenn er nun aber die einzelne res obligata verkaufte, so veräußerte er, wie aus dem Bemerkten von selbst hervorgeht, nicht sowohl die einzelne Sache als solche, sondern nur insofern sie familia war, weil gegen diese allein sein Recht ging. War also der praes selbst ohne capitis deminutio, d. h. ohne Verkauf seiner Person in die Fremde, seiner familia pecuniaque im römischen Staate, selbst davon gekommen und somit seine familia unversehrt geblieben, und erlangte er den Besitz seines verkauften Grundstückes, so stand ihm eine usureceptio ohne weiteren Titel, und ungeachtet seiner Bekanntschaft mit dem Sachverhältniß, aus ähnlichen Gründen zu, wie dem Fiducianten, nämlich weil die familia als solche unveräußerlich war, er folglich den Titel in sich selbst hatte und für diesen nur zu sich selbst im Verhältniß stand. Doch war dieser Fall von dem der fiducia dadurch

---

gesetz des Sp. Thorius, in der krit. Zeitschr. f. teutsche RW. Jahrg. V, S. 603. Dagegen Bachofen, das Nexum S. 88 flg. und dagegen wieder Huschke, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XIV, S. 268 flg.

verschieden, daß keine lex fiduciae das Recht der familia in der Sache ihm vorbehalten hatte; er konnte daher bei Ergreifung des Besitzes nicht behaupten, sie von der familia aus in Besitz zu nehmen, sondern nur, wie sie bei dem Prädiator (demjenigen, welcher vom Volke gekauft hatte) und dessen Successoren war, als einzelne Sache, und somit waren zur usureceptio eines Grundstückes (dieses meint Gajus mit possessio) ex praediatura stets zwei Jahre erforderlich. Ob übrigens gegen den Prädiaten selbst oder dessen Successor usucapirt wurde, war gleichgiltig; nur durfte das Grundstück seit der lex Iulia et Plautia nicht res vi possessa und auch nicht durch einen anderen Titel erlangt sein. Im Justinianeischen Rechte findet sich, wie fast von dem ganzen ius praediatorium, so auch von der usureceptio ex praediatura keine Spur[748]).

Begründung der bona fides. Zur Begründung der bona fides genügt nicht die Unbekanntschaft des Erwerbenden mit den Ansprüchen Anderer, sondern es muß auch ein auf Thatsachen beruhender giltiger Rechtsgrund (iustus titulus) oder wenigstens eine auf wirklichen Thatsachen beruhende Meinung (existimatio) von dem Dasein eines solchen Rechtsgrundes vorhanden sein, wodurch man sich für befugt halten kann, sich ein unanfechtbares Recht an der Sache beizulegen; deshalb wird auch in einer Constitution Justinian's[749]) die bonae fidei possessio durch den Ausdruck iusto titulo possessio bezeichnet. Diese den Rechtsgrund bildende Thatsache ist die nothwendige Grundlage für die Redlichkeit des Besitzes (bona fides) und daher füglich als ein regelmäßiger Bestandtheil derselben anzusehen. Hierdurch erledigt sich der Streit, ob die Redlichkeit des Besitzes (bona fides) in einer Meinung (opinio) oder, wie Manche behaupten[750]), lediglich in einem Nichtwissen (ignorantia) bestehe. Das zur Redlichkeit des Besitzes nothwendige Erforderniß eines Rechtsgrundes, welcher die Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit der Erwerbung zu begründen vermag, entscheidet dafür, daß die Redlichkeit nicht in der bloßen Unbekanntschaft mit den zu befürchtenden rechtlichen Ansprüchen, sondern in einem Glauben oder Meinen bestehe[751]). Da aber allerdings auch diese Unbekanntschaft für das Dasein eines redlichen Besitzes wesentlich ist, so ist es sehr natürlich, daß die Redlichkeit in das Nichtwissen (ignorare), die Unredlichkeit in das Wissen (scire) gesetzt wird[752]). — Zeit, zu welcher die bona

---

748) Huschke, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XIV, S. 271 flg. findet in L. 9. D. 18. 5. einen der usureceptio ex praediatura verwandten Grundsatz.

749) L. un. C. VII. 31.

750) Z. B. Leyser, medit. ad Pand. Spec. 455. med. 1.

751) Daher wird in den Quellen bei den Untersuchungen über die bona fides häufig von einem putare und existimare gesprochen. L. 27. D. 18. 1. L. 44. pr. L. 48. D. 41. 3. L. 109. D. 50. 16.

752) Vgl. L. 2. §. 13. L. 7. §. 4. 5. D. 41. 4. L. 15. §. 2. D. 41. 3. L. 11. D. 44. 3. Auch in denjenigen Stellen, welche von einem putare und existimare sprechen, ist gleich auch wieder vom ignorare die Rede, z. B. L. 27. D. 18. 1. L. 44. pr. D. 41. 3. L. 109. D. 50. 16.

fides vorhanden sein muß. Dem innigen Zusammenhange, welcher im römischen Rechte zwischen der Redlichkeit des Besitzes und dem Erwerbungsgrunde stattfindet, ist es gemäß, daß die Redlichkeit des Besitzes mit Rücksicht auf die Zeit der Erwerbung (den Anfang) beurtheilt wird. Davon ist die Folge, daß es nach römischem Rechte für die Fortdauer der Verjährung gleichgiltig sein muß, wenn in der Folge der Besitzer Manches erfährt, was den Anfang der Verjährung gehindert haben würde, wenn er es gleich anfangs gewußt hätte. Die Neueren sagen in dieser Beziehung: mala fides superveniens non nocet. Justinian weist in einer Verordnung auf dieses Recht als ein allgemein geltendes hin[753]). Auch in den Digesten wird derselbe Satz ausgesprochen, aber lediglich in Beziehung auf die Ersitzung aus dem Grunde des Kaufes[754]). Wenn Manche für die Zeit vor Justinian einen Unter-

---

753) L. un. C. VII. 31.

754) L. 2. §. 13. D. 41. 4. L. 48. §. 1. D. 41. 1. Vgl. L. 40. §. 2. D. 41. 2. L. 43. D. 41. 3. Unterholzner hatte in seiner Schrift, Verjährung durch fortgesetzten Besitz S. 187 flg., den Umstand, daß die Digestenstellen, welche den Satz: mala fides superveniens non nocet, blos von der Ersitzung aus dem Grunde des Kaufes sprechen, zur Aufstellung der Behauptung benutzt, daß blos bei der Ersitzung von Kaufswegen und bei denjenigen Ersitzungsarten, welche ihr besonders gleichgestellt sind, diese Regel gegolten habe, und daß sie außerdem auch bei denjenigen Arten der Ersitzung stattfinde, welche aus einem, in dem eigentlichen ius civile begründeten Titel gerechtfertigt waren, z. B. pro legato, wogegen jene Regel bei der Ersitzung auf den Grund einer Schenkung nicht angewendet worden sei. Er hat aber diese Behauptung in seiner Verjährungslehre Bd. 1, S. 331 flg. wieder zurückgenommen. Besonders zwei Stellen sind es, welche jenen Satz einigermaßen zweifelhaft machen. Die erste ist die später genauer zu betrachtende L. 4. pr. D. 41. 10. von Pomponius, welche jedoch nur eine besondere Meinung ihres Verfassers zu enthalten scheint und jedenfalls nicht beweisen würde, daß durch das Wegfallen der redlichen Ueberzeugung an und für sich schon die Ersitzung unterbrochen werde, sondern nur insofern, als der Besitz zugleich in einen heimlichen übergeht. Die zweite Stelle ist L. 11. §. 3. D. 6. 2. von Ulpian. Sie hat verschiedene Erklärungen veranlaßt. Manche glauben, es sei hier von einem der Publicianischen Klage ausschließend eigenen Rechte die Rede, indem es bei dieser überhaupt darauf ankomme, daß der, welcher sich dieser Klage bedient, zu der Zeit ihrer Anstellung sich im guten Glauben befinde. Vgl. dagegen Glück, Erl. der Pand. Bd. 8, S. 341 flg., der diese Ansicht aus guten Gründen verwirft. Cuiacius, comm. ad L. 4. §. 15. D. de usurp. (41. 3.) will die Worte „quo experiar“ in „quo et pariat“ verwandeln, was allerdings alle Schwierigkeit beseitigen würde, aber nicht gebilligt werden kann, weil die vorgeschlagene Veränderung fast gar keine Unterstützung durch Handschriften findet (nur Charondas in der edit. Pandect. Antverp. 1575. ad L. 11. §. 3. cit. not. e. will in einer Handschrift so gelesen haben, wie Cujacius zu lesen vorschlägt) und auch noch die Basiliken (Lib. XV. Tit. 2. cap. 11. th. 3. bei Zachariae edit. Basil. Heimbach. Supplem. p. 45.) gegen sich hat, wo es ausdrücklich heißt: *ἐὰν ἐν τῷ κινεῖν ἀγνοῶ, τὴν μητέρα κλοπιμαίαν*. Ebenso spricht gegen diese Veränderung die adnot. des mit Justinian gleichzeitigen alten Scholiasten Stephanus zu dem Worte interdum der L. 3. §. 11. cit. (Sch. 13. bei Zachariae l. c. p. 44.), welcher ebenfalls die gewöhnliche Lesart bestätigt. Glück, Erl. der Pand. Bd. 8, S. 345 flg. findet in dieser Stelle ein besonderes Recht, welches bei dem Kinde einer entwen-

schied zwischen der usucapio und longi temporis praescriptio annehmen, indem bei der letzteren es genügt habe, wenn nur die bona fides bei dem Anfange des Besitzes vorhanden gewesen sei, während dieselbe bei der usucapio, außer insoweit sich solche auf den Titel pro emtore stützt, die ganze Verjährungszeit fortgedauert haben müsse[755]), ist unerweislich. Nach kanonischem Rechte muß die Redlichkeit des Besitzes während der ganzen Verjährungszeit fortdauern, wenn die Ersitzung möglich sein soll[756]). Es gilt also nach dem in dieser Beziehung dem römischen vorgehenden kanonischen Rechte gerade der umgekehrte Satz: mala fides superveniens nocet. Es fragt sich nur, worin dieser nachherige böse Glaube bestehe, wodurch er bewirkt werde und in welchen rechtlichen Folgen er sich äußere?[757]). Als nachheriger böser Glaube (mala fides superveniens) ist jede Verletzung des anfänglichen guten Glaubens zu betrachten. Besteht nun die bona fides in der Unbekanntschaft mit dem Rechte eines Anderen auf das Besitzobject, welche bei der Ersitzung insbesondre zugleich mit der Ueberzeugung des dem Ersitzenden selbst zustehenden Rechtes infolge eines iustus titulus verbunden sein muß, so liegt die Verletzung der bona fides, mithin die nachherige mala fides in der dem Besitzer gewordenen entgegengesetzten Ueberzeugung, in der conscientia rei alienae, wie sich die kanonische Hauptstelle[758])

---

deten Sclavin zur Anwendung kommt. Nach seiner Meinung trat hier ein besonderer Grund ein, welcher die Fortdauer der bona fides auch noch nach der Geburt des Sclavenkindes bis zum völligen Ablaufe der Verjährungszeit nothwendig machte, nämlich der, daß durch die eintretende mala fides zugleich die iusta possessionis causa aufgehoben wurde, welches sonst bei keinem anderen Rechtstitel als dem pro suo der Fall war. Paulus habe diesen Grund zwar nicht gelten lassen, wie sich aus L. 4. §. 18. D. 41. 3. ersehen lasse, wohl aber Ulpian, wie eben aus L. 11. §. 3. D. 6. 2. hervorgehe. Gegen diese Erklärung ist alles dasjenige einzuwenden, was sich, wie später zu bemerken ist, gegen die Annahme einer besonderen Rechtsverschiedenheit, welche bei dem Titel pro suo gegolten habe, einwenden läßt. Am richtigsten ist es, mit Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 336 flg. den §. 3 der L. 11. cit. mit dem vorhergehenden Paragraphen zu verbinden und ihn diesem Zusammenhange gemäß auf den besonderen Fall zu beziehen, wo die Publicianische Klage bei dem Kinde einer Sclavin zugelassen wird, welches noch gar nicht im abgesonderten Besitze des redlichen Erwerbers sich befunden hat, weil der Besitz der Sclavin noch vor der Niederkunft verloren gegangen ist. Auf das Recht der Ersitzung ist die hier gegen die Regel nur dann, wenn die redliche Meinung zur Zeit der Klagerhebung noch fortdauerte, verstattete Publicianische Klage ohne Einfluß, weil die Ersitzung schon wegen Mangels des Besitzes unzulässig ist.

755) Göschen, Grundriß S. 109, 111. Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 264, N. 8. Unterholzner, Verjährung durch fortgesetzten Besitz S. 187 flg. Letzterer hat seine Meinung später zurückgenommen.

756) Cap. 5. 20. X. II. 26. Ueber diese Stellen und namentlich über die Frage, ob dadurch die bona fides bei allen Verjährungsarten als Erforderniß bestimmt worden sei, ist bereits früher in diesem Artikel gehandelt worden.

757) Vgl. darüber Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung S. 117 flg.

758) Cap. 20. X. II. 26.

ausdrückt. Ein bloßer Zweifel kann der bona fides nicht schaden[759]). Es kann dies freilich nicht lediglich aus der Natur der bona fides abgeleitet werden[760]). Wohl aber ist ein sehr wesentlicher Unterschied zwischen dem Anfange und der Fortdauer des Besitzes. Kann man von demjenigen, welchem eine Sache zum Verkaufe angeboten wird, billig verlangen, daß er sie gar nicht kaufe, wenn er gegründete Ursache hat, die Rechtlichkeit der Erwerbung zu bezweifeln und ihm die Aufklärung seiner Zweifel nicht gelingt, so kann man dagegen unmöglich dem Besitzer zumuthen, die von ihm im guten Glauben erworbene und besessene Sache dem rechten Eigenthümer sofort auszuliefern, wenn er dessen Recht blos vermuthet, ohne von demselben überzeugt zu sein. Als mala fides superveniens kann also nur diejenige Verletzung des anfänglichen guten Glaubens in dem Besitzer betrachtet werden, welche durch eine bestimmte Ueberzeugung von dem Eigenthum (oder dem anderen Rechte, welches durch die Ersitzung erworben werden soll) eines Anderen an der besessenen Sache (conscientia rei alienae) in ihm bewirkt wird. Auf welchem Wege diese Ueberzeugung von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes entstanden ist, ob durch eine Handlung des Berechtigten (z. B. Erhebung eines Rechtsstreites oder Einlegung einer Protestation, wenn letztere mit Darlegung der rechtlichen Ansprüche verknüpft ist) oder ohne eine solche, ist gleichgiltig. Die Erhebung eines Rechtsstreites allein wird nicht immer die Ueberzeugung von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes hervorbringen, indem auch unbegründete Ansprüche erhoben werden können. Die Folge der mala fides superveniens ist, daß nun die Ersitzung unterbrochen, der Besitzer von der subjectiven Verjährungsfähigkeit für immer ausgeschlossen und nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes zur Restitution der Sache verbunden ist[761]). Eine eigenthümliche Theorie über die Bedeutung der Vorschriften des kanonischen Rechtes über die bona fides bei der Verjährung hat Hameaux[762]) aufgestellt und näher zu begründen versucht. Er behauptet, die Vorschrift des kanonischen Rechtes beziehe sich durchaus nur auf die praescriptio longi und longissimi temporis, aber nicht auf die Usucapion, so daß bei dieser noch ganz die Grundsätze des römischen Rechtes zur Anwendung kämen, was in seinem Sinne praktisch die Bedeutung hätte, daß bei der Ersitzung der Immobilien fortdauernde, bei der der Mobilien aber nur anfängliche bona fides erforderlich wäre. Diese Theorie beruht darauf, daß es nach kanonischem Rechte keine triennalis praescriptio

---

759) Man pflegt für das Gegentheil cap. 1. X. III. 7. Clem. 1. I. 1. Cap. 44. X. V. 39. anzuführen. Allein diese Stellen lassen keinen giltigen Schluß auf das Recht der Verjährung zu.

760) Wie Möllenthiel a. a. O. thut. Siehe dagegen Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 339.

761) Cap. 4. de reg. iur. in VI.: Peccatum non dimittitur, nisi restituatur ablatum.

762) Hameaux, die usucapio und longi temporis praescriptio S. 139 flg.

der Kirchensachen gebe[763]); das Institut der Usucapion von Mobilien sei also im Grunde für das kanonische Recht gar nicht vorhanden und die Vorschriften desselben über praescriptio dürften also auch nicht hiervon, sondern nur von der praescriptio longi und longissimi temporis verstanden werden. Diese ganze Argumentation fällt damit zusammen, daß es allerdings nach kanonischem Rechte eine triennalis praescriptio für bewegliche Sachen der Kirchen giebt, wie früher nachgewiesen worden ist. — Ob auch die Publicianische Klage durch die Regel des kanonischen Rechtes: mala fides superveniens nocet, berührt werde, ist bestritten[764]). Die Meisten verstatten dieser Regel auf die Publicianische Klage keinen Einfluß. Denn das kanonische Recht verlange fortdauernde bona fides nur zur Ersitzung, wodurch dem Rechte des vorigen Eigenthümers ein Ende gemacht werden soll; bei der Publicianischen Klage sei aber nicht die Rede von der Ausschließung des wahren Eigenthümers. Die Unterbrechung der Verjährung, wenn nur anfangs deren Erforderniße vorhanden waren, hindere auch die Publicianische Klage nicht, weil durch den Verlust des Besitzes allemal eine Usurpation geschehe, sonst würde die Publicianische Klage gar nicht statthaben können. Auch würde es in der That eine exceptio de iure tertii sein, wenn der Beklagte, welcher nicht der Eigenthümer ist, dem Kläger entgegensetzen wollte, er sei jetzt nicht mehr in bona fide. Dieser Argumentation kann man nicht beipflichten und die Meinung, daß mala fides superveniens nach kanonischem Rechte die Publicianische Klage hindere, scheint richtiger zu sein. Die Publicianische Klage beruht darauf, daß bei demjenigen, welcher sich in conditione usucapiendi befindet, die Vollendung der Usucapion fingirt wird[765]). Diese Fiction ist aber nimmermehr zulässig, wenn der Usucapion ein entschiedenes Hinderniß, wie die mala fides superveniens nach kanonischem Rechte ist, entgegensteht. Wenn auch die Publicianische Klage nicht, wie die Ersitzung, den Eigenthümer ausschließt, sondern nur gegen den mit schwächerem Rechte, als der Kläger, Besitzenden geht, so ist doch selbst, wenn der Beklagte ein unredlicher Besitzer sein sollte, seine Lage mit der des Klägers, der anfangs redlicher Besitzer war, später aber in bösen Glauben gekommen ist, rechtlich gleich; beide sind nun in mala fide, und hier ist nach der Regel: in pari causa melior est conditio possidentis, für den Beklagten als Besitzer zu entscheiden. Es kann also auch der Meinung nicht beigepflichtet werden, daß der Erbe des

---

763) Cap. 4. X. II. 26. Wir haben aber schon in Note 335 bemerkt, daß in dieser Stelle nach der richtigen Lesart von einer tricennalis praescriptio, nicht von einer triennalis praescriptio die Rede sei.

764) Vgl. über diese Streitfrage Glück, Erl. der Pand. Bd. 8, S. 346 flg., welcher die Vertheidiger der verschiedenen Meinungen anführt und sich selbst gegen den Einfluß der mala fides superveniens auf die Publicianische Klage auch nach kanonischem Rechte entscheidet. Dieser Ansicht pflichtet auch Möllenthiel a. a. O. S. 119, N. 299 bei.

765) Gai. Inst. Comm. IV. §. 36. §. 3. 4. Inst. IV. 6.

in conditione usucapiendi sich Befindenden die Publicianische Klage anstellen könne, wenn er auch in mala fide ist[766]. — **Inwiefern ist bei dem Wechsel der Besitzer ein neuer Besitz anzunehmen?** Aus dem Bisherigen hat sich ergeben, daß die Redlichkeit des Besitzes in seiner Fortdauer nach etwas anderen Grundsätzen zu beurtheilen ist, als dessen anfängliche Redlichkeit. In letzterer Hinsicht kommt das römische Recht unverändert zur Anwendung. Dasselbe enthält in Bezug auf die oben aufgeworfene Frage folgende Bestimmungen: 1) Wenn der Besitz aus einer Hand in die andere kommt, so entsteht dadurch ein neuer Besitz, dessen Redlichkeit nach dem Anfange dieses neuen Besitzes beurtheilt werden muß[767]. 2) Dieses leidet eine Ausnahme, wenn derjenige, auf welchen der Besitz übergeht, die Persönlichkeit des früheren Besitzers infolge einer Fiction fortsetzt, z. B. infolge der Universalsuccession als Erbe; hier wird es so angesehen, als ob kein neuer Besitz begründet worden wäre. Dem Erben schadet also der unredliche Besitz des Erblassers, wenn er auch selbst in bona fide ist; es kommt ihm aber auch der redliche Besitz des Erblassers zu statten, wenn er sich auch selbst in mala fide befinden sollte[768]. Anders nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes, wo die eigene mala fides des Erben die Unsucapion hindert, sollte gleich der Erblasser sich in bona fide befunden haben. 3) In den Fällen, wo aus Rücksichten der Billigkeit dem Nachfolger im Besitze verstattet wird, sich den Besitz des Vorgängers zu Gute zu rechnen, findet dies nur statt, wenn der Besitz des Vorgängers ein redlicher gewesen ist[769]. 4) Hat Jemand den Besitz einer Sache durch Stellvertreter erworben und nimmt die Sache später in eigenen Gewahrsam, so wird die rechtliche Beschaffenheit des Besitzes blos nach der Zeit der eigentlichen Besitzerwerbung beurtheilt. So wird,

---

766) Dieser hier verworfenen Ansicht ist Glück a. a. O. S. 347 flg.

767) L. 5. D. 44. 3. Vgl. L. 38. D. 41. 3. Da derjenige, welcher unter lucrativem Titel erworben hat, sich eine aus der Handlungsweise seines Vorgängers entlehnte doli exceptio gefallen lassen muß (L. 4. §. 29. 31. D. 44. 4.), so liegt darin, daß nach L. 5. D. 44. 3. auch nicht einmal dem Legatar oder dem Schenknehmer der unredliche Besitz seines Vorgängers schaden soll, eine besondere Begünstigung der Ersitzung. Die anscheinend widersprechende L. 11. C. VII. 32. braucht man ja nicht nothwendig auf den Fall der mala fides zu beziehen; es ist von vitia possessionum überhaupt die Rede und man kann dabei recht wohl an solche vitia denken, welche der Sache ankleben; dem widerstrebt auch nicht der Ausdruck culpa in den Worten: et successorem auctoris sui culpa comitatur, wie Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 341, N. 340 meint; denn daß, wenn der Vorgänger hinsichtlich der Sache ein furtum begangen hat, von einer culpa desselben recht wohl die Rede sein kann, leuchtet von selbst ein.

768) L. 11. D. 44. 3. L. 2. §. 19. D. 41. 4. L. 43. D. 41. 3. Vgl. §. 12. Inst. II. 6. L. 4. §. 15. D. 41. 3. L. 7. §. 12. D. 6. 2. L. 3. C. VII. 30. Es schadet auch dem Erben nichts, wenn er über den Rechtsgrund, aus welchem der Erblasser den Besitz erworben hat, sich im Irrthume befindet, z. B. glaubt, der Erblasser habe die Sache geschenkt erhalten, während derselbe sie gekauft hatte. L. 31. §. 6. D. 41. 3.

769) L. 13. §. 1. 13. D. 41. 2.

wenn eine Sache an den Bevollmächtigten abgeliefert wird, in der Absicht, daß der Besitz an mich gelange, und dieser sie späterhin an mich abgibt, das Dasein oder Nichtdasein eines redlichen Besitzes ohne alle Rücksicht auf diesen späteren Zeitpunkt beurtheilt, weil ich hier den Besitz durch den Bevollmächtigten sofort mit der Ablieferung der Sache an diesen erwerbe. Dies gilt auch, wenn ein Kind unter väterlicher Gewalt oder ein Sclave für sein Peculium etwas in Besitz genommen hat; denn wird das Peculium dem Kinde oder dem Sclaven entzogen, oder nach deren Tode eingezogen, so wird dadurch kein neuer Anfang des Besitzes begründet[770]). Dasselbe gilt, wenn der Sclave etwas von seinem Peculium als Loskaufungspreis seinem Herrn giebt[771]). 5) Hat Jemand den Besitz derselben Sache mehrmals nacheinander zu verschiedenen Malen auf verschiedene Weise erworben, so wird die rechtliche Beschaffenheit des Besitzes nach dem Zeitpunkte der späteren Erwerbung beurtheilt, ohne daß die Beschaffenheit der früheren Besitzerwerbung dabei berücksichtigt wird[772]). Auch wenn eine Sache durch Redhibition an den Verkäufer zurückkehrt, ist der neu beginnende Besitz nach der Zeit der Wiedererwerbung zu beurtheilen[773]). Anders ist zu entscheiden, wenn eine Sache unter einer Resolutivbedingung veräußert ist, weil mit deren Eintritt die Veräußerung als nicht geschehen gilt, und selbst die in der Zwischenzeit eingetretene Besitzveränderung nicht als wahre Besitzveränderung, sondern als eine bloße Veränderung der Detention erscheint, welcher auf die rechtliche Beschaffenheit des Besitzes kein Einfluß zugestanden werden kann. — Von der Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Diese Regel steht in unverkennbarem Zusammenhange mit der pro herede usucapio und ist bei Gelegenheit derselben bereits erörtert worden. — Sprachgebrauch bei Bezeichnung des redlichen Besitzes. Der gewöhnliche Ausdruck zur Bezeichnung der Redlichkeit des Besitzes ist bonae fidei possessio. Als gleichbedeutend könnte man auch iusta possessio und im Gegensatze iniusta possessio brauchen[774]), wiewohl diese Ausdrücke unbestimmter sind und auch zur Bezeichnung des nec vi, nec clam, nec precario erworbenen Besitzes und des Gegentheiles dienen[775]). Insofern der redliche Besitz zugleich Eigenthumsbesitz (Besitz mit animus domini) ist, wird er auch mit dem Ausdrucke possessio pro suo bezeichnet[776]). Die possessio pro suo begreift die Fälle, wo eine Sache rechtlich gekauft, geschenkt, derelinquirt, vermacht, als Mitgift zugebracht

770) L. 1. §. 12. 13. D. 41. 4.
771) L. 2. §. 14. D. 41. 4.
772) L. 15. §. 2. D. 41. 3. L. 7. §. 4. D. 41. 4.
773) L. 7. §. 4. D. 41. 4., wo statt emtor nothwendig venditor zu lesen ist.
774) In L. un. C. VII. 31. ist iusta detentio mit bonae fidei possessio gleichbedeutend.
775) L. 1. §. 9. L. 2. D. 43. 17.
776) Vgl. L. 32. pr. D. 41. 3. L. 1. D. 41. 10.

ist, und wo dann insbesondre von einem titulus pro emtore, pro donato, pro derelicto, pro legato, pro dote gesprochen wird, außerdem aber auch noch viele andere Fälle, wo ein besonderer Kunstausdruck nicht üblich ist und daher blos die allgemeine Bezeichnung possessio pro suo gebraucht wird[777]).

b) Giltiger Rechtsgrund (iustus titulus)[778]). Bei dem giltigen Rechtsgrunde, auf welchem der redliche Besitz beruhen muß, darf man nicht stets an ein der Besitzerwerbung vorhergehendes und auf die Erwerbung des Besitzes gerichtetes Obligationsverhältniß denken. Dies zeigt schon der titulus pro derelicto und der titulus pro herede. Der iustus titulus besteht in einer Thatsache, welche, abgesehen von den Mängeln, die der redlichen Meinung wegen übersehen werden und kein Hinderniß der Ersitzung bilden, im Stande sein würde, dem Besitzerwerber das von ihm vorausgesetzte Recht zum Besitze zu gewähren. Insofern insbesondre bei der auf einem Eigenthumsbesitze beruhenden Verjährung von einem iustus titulus die Rede ist, kann jene Thatsache als eine solche bezeichnet werden, welche in Abwesenheit der vorhin erwähnten Mängel mit dem Besitze zugleich das Eigenthum verschafft haben würde; so daß in dieser näheren Bezeichnung der iustus titulus in der Eigenschaft eines titulus ad acquirendum dominium habilis erscheint. Im allgemeinen ist zu bemerken: 1) wo der Titel in einem bedingten Rechtsgeschäfte besteht, muß der wirkliche Eintritt der Bedingung hinzugekommen sein, wenn ein wirksamer Titel vorhanden sein soll[779]). Dabei wird jedoch eine aufschiebende Bedingung vorausgesetzt; denn ein unter einer Resolutivbedingung eingegangenes Rechtsgeschäft wirkt zunächst wie ein unbedingtes; der Besitzerwerber kann also sogleich zu ersitzen beginnen[780]). 2) Ist über ein ganzes Vermögen ein Rechtsgeschäft abgeschlossen worden, so begründet dieses keinen giltigen Rechtsgrund für einzelne Stücke, welche gar nicht Bestandtheil jenes Vermögens gewesen sind[781]). Die Regel, daß ein wirklicher Rechtsgrund (verus titulus) vorhanden sein müsse, wenn ein redlicher Besitz angenommen werden soll, erleidet Ausnahmen. Die erste und Hauptausnahme bilden die Fälle des sogenannten titulus putativus, wo der Mangel eines wirklichen Rechtsgrundes deshalb nicht berücksichtigt wird, weil besondere Thatsachen vorliegen, welche den in Ansehung des Titels obwaltenden Irrthum erklären und entschuldigen. Diese Hauptausnahme ist aber bestritten[782]). Die Gesetze ergeben zunächst die unzweifelhafte

777) L. 2. D. 41. 10.

778) Vgl. besonders Hugo, vollständige Darstellung der Lehre vom iustus titulus und dem sog. modus acquirendi, im civil. Magazin Bd. IV, S. 137—183.

779) L. 2. §. 2. D. 41. 4. L. 1. §. 2. D. 41. 9.

780) L. 2. §. 3. D. 41. 4.

781) L. 2. §. 7. D. 41. 4.

782) Noch jetzt ist bestritten, ob ein putativer Titel zur Verjährung genüge.

Regel, daß es zur Begründung des redlichen Besitzes eines wirklichen Rechtsgrundes (verus titulus) bedürfe[783]). Die in dieser Hinsicht obwaltende irrige Meinung ist an und für sich so wenig genügend, daß es vielmehr ein bekännter Ausspruch war, man könne eine Sache nicht ersitzen, wenn man blos glaube, sie gekauft zu haben, während dieselbe in der That nicht gekauft war[784]). Ebensowenig nützt eine solche irrige Meinung bei Sachen, welche man für geschenkt oder für derelinquirt gehalten hat[785]). Dasselbe gilt, wenn man etwas geerbt zu haben glaubt[786]). Dieser Regel ungeachtet tritt im Falle eines erweislichen Irrthumes, wenn derselbe irgend entschuldbar ist, die Ersitzung dennoch ein. **Neratius** spricht dies ganz allgemein aus und wendet dies auf den Kauf an[787]). Eine Stelle von **Africanus** spricht blos vom Kaufe, aber offenbar nur zufällig[788]). Eine zweite Ausnahme von der Regel, daß der redliche Besitz sich auf einen zu erweisenden wirklichen Titel gründen müsse, tritt ein bei der Ersitzung von 30 und 40 Jahren. Die Bestimmung **Justinian's**[789]), daß demjenigen, welcher eine Sache 30 und 40 Jahre besessen hat, für den Fall, daß er den Besitz bona fide erworben hat, eine actio ad vindicandam rem zustehen solle, während derselbe im entgegengesetzten Falle sich damit begnügen muß, daß er sich gegen fremde Ansprüche im Besitze behaupten kann, ist von jeher so verstanden worden, als bezeichne hier bona fides keineswegs eine

---

Unleugbar kann, wenn auch der Tradent den irrigen Titel anerkennt, usucapirt werden. L. 48. init. D. 41. 3. L. 3. L. 4. §. 2. D. 41. 10. Dasselbe gilt, wenn wirklich ein Titel vorhanden ist, der Usucapient sich aber einen anderen denkt. L. 31. §. 6. L. 44. §. 4. D. 41. 3. Für andere Fälle wird von Manchen, z. B. noch von **Seuffert**, Erörterungen Bd. 2, S. 29 flg. die Ansicht aufgestellt, die Sache sei unter den römischen Juristen streitig gewesen; die eine Ansicht sei ganz gegen den putativen Titel gewesen, die andere habe aber denselben im Falle eines entschuldbaren Irrthums zugelassen. In 11. Inst. II. 6. sei dieser Streit zu Gunsten der ersten Ansicht entschieden werden; es genüge daher heutzutage ein putativer Titel nicht. Vgl. über diese Frage besonders **Unterholzner**, Verjährungslehre Bd. 1, S. 359—365.

783) L. 5. C. VII. 33. L. 4. C. VII. 29. L. 24. C. III. 32.

784) L. 11. D. 41. 4.

785) L. 1. pr. D. 41. 6. L. 6. D. 41. 7.

786) L. 4. C. VII. 29. Vgl. L. 27. D. 41. 3. L. 2. pr. §. 2. D. 41. 4. §. 7. Inst. II. 6.

787) L. 5. D. 41. 10.

788) L. 3. D. 41. 4. **Unterholzner** hatte früher in seiner Schrift über die Verjährung durch fortgesetzten Besitz die Meinung aufgestellt, es sei nur in Bezug auf den Kauf, nicht auch in Bezug auf Schenkung und Mitgift ein erweislicher und entschuldbarer Irrthum zu berücksichtigen, weil **Ulpian** in L. 27. D. 41. 3. sagt: quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Er hat aber (Verjährungslehre Bd. 1, S. 363) diese Meinung wieder zurückgenommen. Zugegeben kann werden, daß bei einer fälschlich angenommenen Schenkung nicht so leicht ein entschuldbarer Irrthum sich wird erweisen lassen, als bei den, mit Aufopferungen verbundenen, Erwerbungen.

789) L. 8. §. 1. C. VII. 39.

auf einem wirklichen oder doch mit gutem Grunde vorausgesetzten Rechtsgrunde beruhende redliche Meinung, sondern eben nichts weiter, als die redliche Meinung, wie sie ohne alle weitere Begründung und Rechtfertigung bis zum Beweise ihres Gegentheiles vermuthet wird. Obgleich diese Erklärung kaum zu rechtfertigen ist, so ist sie doch in das decretum Gratiani übergegangen und hat dadurch entschiedenen Anspruch auf praktische Giltigkeit erlangt[790]. Hierdurch erhält die Verjährung von 30 und 40 Jahren noch eine besondere Bedeutung, indem in manchen Fällen die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen ist, weil sich ein Titel nicht nachweisen läßt, der Besitzer aber dennoch nicht überführt werden kann, daß er den Besitz auf eine, die Annahme einer redlichen Meinung ausschließende Weise erlangt habe. — Da es auf Redlichkeit des Besitzes insbesondre bei denjenigen Verjährungsarten ankommt, welche einen Eigenthumsbesitz, d. h. einen Besitz mit animus domini voraussetzen, so daß der Rechtsgrund der Ersitzung ein Erwerbsgrund des Eigenthumes ist, so kann natürlich der Titel der Ersitzung so mannigfach sein, als die Erwerbsgründe des Eigenthumes sind; nur kommen die Erwerbsgründe des Eigenthumes hier in Wegfall, bei welchen eine, durch die Ersitzung zu ergänzende Mangelhaftigkeit gar nicht denkbar ist, nämlich die sogenannten ursprünglichen Erwerbsarten, die auch als Titel der Ersitzung niemals vorkommen. Daß von einer possessio pro suo bei gefangenen Thieren und angeschwemmten Stücken Landes die Rede ist[791], kann nicht zum Beweis des Gegentheiles dienen, da possidere pro suo und pro suo usucapere nicht gleichbedeutend sind. Denn eine possessio pro suo wird auch dem Eigenthümer in den angeführten Fällen in der in der Note angeführten Stelle zugeschrieben, der doch in diesen Fällen gar keiner Ersitzung bedarf, während von einem Usucapionstitel pro suo in diesen Fällen gar keine Rede sein kann. Die Titel der Ersitzung sind entweder allgemeine, auf ein ganzes Vermögen gehende oder besondere, für einzelne Sachen geltende. Zu den allgemeinen gehört allein der titulus pro herede, welcher mit der alten, durch G a j u s erst bekannt gewordenen lucrativa pro herede usucapio zusammenhängt. Es ist wegen dieses Titels auf die frühere Erörterung über die pro herede usucapio zu verweisen. Was die besonderen Titel der Ersitzung anlangt, so können solche liegen: 1) in einer rechtlich begründeten Tradition; 2) in einer richterlichen missio in possessionem; 3) in einer adiudicatio; 4) in einem Vermächtniß (legatum); 5) in einer Dereliction. — Zu 1) T i t e l, w e l c h e r a u f T r a d i t i o n b e r u h t. Die bloße That-

790) Can. 15. Causa 16. Qu. 4.: Qui autem b o n a f i d e e t i u s t o t i t u l o rem praesentis per decennium, absentis vero per vicennium tenuerit, perpetua exceptione tutus erit ...; si vero aliquo casu a possessione ceciderit, etiam adversus verum dominum utiliter rem vindicare poterit. Si autem n u l l o t i t u l o, b o n a t a m e n f i d e per tricennium rem alicuius possederit, simili gaudebit praesidio ..."

791) L. 2. D. 41. 10.

sache der Tradition, wie sie äußerlich erscheint, ist noch keineswegs ein genügender Usucapionstitel, sondern es kommt darauf an, daß die causa traditionis eine solche sei, welche die Uebergabe zu einem Erwerbsgrunde des Eigenthumes machen könnte, wenn der Tradent Eigenthümer wäre. Es giebt daher keinen titulus pro tradito, sondern der Titel erhält vielmehr seine besondere Benennung nach der causa, welche der Tradition ihre rechtliche Grundlage giebt (pro emtore, pro donato, pro dote), und wo der Sprachgebrauch eine solche besondere Bezeichnung nicht kennt, da bewendet es bei der allgemeinen Benennung (pro suo). Die rechtlichen Gründe der Tradition lassen sich unter drei Gesichtspunkte bringen. Die Tradition erfolgt nämlich entweder a) in der rechtlichen Absicht, eine Obligation zu erfüllen, sei es nun von Kaufs wegen, oder aus irgend einem anderen Grunde; oder b) in der rechtlichen Absicht, eine Obligation dadurch zu begründen, sei es nun, daß etwas darlehnsweise, oder als dos, oder sonst in Rücksicht auf eine Gegenleistung (do ut des, do ut facias) gegeben wird; oder c) in der rechtlichen Absicht, eine Liberalität, also ohne Rücksicht auf irgend eine Gegenleistung, zu üben (donandi causa). Uebrigens ist allerdings die Thatsache der Tradition nothwendiger Bestandtheil des iustus titulus. Wenn also Jemand eine Sache aus einem Kaufe oder aus irgend einer anderen Obligation zu fordern hat und sich eigenmächtig, ohne die Uebergabe abzuwarten, in deren Besitz setzt, so kann dadurch die Usucapion nicht begründet werden[792]). Zu a) Geschieht die Uebergabe in der Absicht, eine Obligation zu erfüllen, so wird in der Regel zur Begründung eines iustus titulus weiter nichts erfordert, als die in der Absicht, eine Obligation zu erfüllen, erfolgte Uebergabe. Gleichgiltig ist in dieser Hinsicht, ob eine zu erfüllende Schuldverpflichtung wirklich vorhanden gewesen sei oder nicht. Nur bei den von Seiten des Verkäufers an den Käufer in der Absicht, sich dadurch der durch den Kauf übernommenen Verpflichtungen zu entledigen, erfolgenden Leistungen ist eine Ausnahme begründet; hier ist die bloße Meinung, daß ein Kauf abgeschlossen worden sei, nicht genügend, sondern es wird vorausgesetzt, daß ein Kauf wirklich abgeschlossen worden sei[793]). Dieser Unterschied in den Rechtsgrundsätzen hat denn auch einen Unterschied in dem Sprachgebrauche herbeigeführt. Ist aus dem Grunde des Kaufes eine Sache dem Käufer übergeben worden, so tritt für diesen Besitz und Ersitzung pro emtore ein; ist dagegen aus irgend einem anderen Grunde etwas zur Erfüllung einer Obligation

792) L. 5. 33. D. 41. 2. L. 7. C. VII. 32.

793) Zwar findet nach dem, was vorher über den putativen Titel bemerkt worden ist, auch aus einem blos vermeintlichen Kaufe bisweilen eine Ersitzung statt; dann ist aber ein bestimmter, den Irrthum rechtfertigender, Grund besonders zu erweisen; dagegen ist in den gewöhnlichen Fällen, wo in der irrigen Voraussetzung des Daseins einer Schuldverpflichtung eine Abtragung der vermeintlichen Schuld (indebiti solutio) erfolgt ist, die Veranlassung des Irrthums für die Möglichkeit der Ersitzung gleichgiltig.

gegeben worden, so sagt man, Besitz und Ersitzung finde pro soluto statt[794]). Paulus[795]) führt als eine Eigenthümlichkeit des Titels pro emtore an, daß die bona fides nicht nur im Augenblick der Tradition, sondern auch zur Zeit des Abschlusses des Kaufes vorhanden sein müsse und folgert weiter daraus, daß hierbei auch nicht blos die Meinung, man habe gekauft, genüge, sondern daß in der That ein Kaufgeschäft vorhergegangen sein müsse. Da nun aber andere Stellen auch bei dem Kaufe einen putativen Titel zulassen, wenn ein entschuldbarer Irrthum zum Grunde liegt, z. B. wenn der zur Abschließung eines Kaufes Bevollmächtigte die Sache dem Mandanten mit der Versicherung, daß er den Kauf abgeschlossen habe, übergiebt[796]), so kann jene Bemerkung des Paulus nur den Sinn haben, daß es bei dem generellen Titel pro soluto genüge, wenn der Empfänger nicht weiß, daß er ein indebitum empfängt; bei dem Titel pro emtore dessen positives Bewußtsein eines abgeschlossenen Kaufcontractes erforderlich sei, wobei aber doch möglicher Weise dieses Bewußtsein auf einem Irrthum beruhen kann. Da die Tradition aus dem Grunde eines Kaufes nur dann das Eigenthum überträgt, wenn das Kaufgeld bezahlt oder creditirt ist, so ist dies auch zum Zweck der Usucapion anzunehmen[797]). Da die Ersitzung aus dem titulus pro emtore, abgesehen von den Fällen, wo wegen eines erweislichen und entschuldbaren Irrthumes ein Mangel im Titel die Ersitzung nicht hindert, stets ein wirkliches Kaufgeschäft voraussetzt, so kann keine Ersitzung stattfinden, wenn irriger Weise eine andere Sache übergeben worden ist, als welche gekauft war; doch erstreckt sich, wenn ein Kauf und Verkauf im Ganzen abgeschlossen worden ist und nachher mehr übergeben worden ist, als was eigentlich bei dem Kaufe gemeint war, der titulus pro emtore auch auf dieses Mehrere[798]). Auf einen Kauf, welchen ein Tutor mit dem Pupillen geschlossen hat, kann keine Ersitzung gegründet werden[799]). Wenn ein Vormund oder Bevoll-

---

794) L. 15. §. 3. L. 46. 48. D. 41. 3. L. 2. pr. D. 41. 4. L. 3. D. 41. 10. Der Ausdruck „pro soluto" kommt in L. 46. 48. D. 41. 3. vor, während sich ein eigener Titel der Digesten oder des Codex pro soluto nicht findet.

795) L. 48. D. 41. 3. L. 2. pr. D. 41. 4.

796) L. 11. D. 41. 4.

797) Aus der von Gajus in L. 8. D. 6. 2. für die Publicianische Klage aufgestellten abweichenden Ansicht, nach welcher bei dieser Klage auf die Bezahlung des Kaufgeldes nichts ankommen soll, darf schwerlich ein Schluß auf die Ersitzung gezogen werden. Es läßt sich zwar sagen, daß derjenige, welcher aus der Nichtbezahlung des Kaufpreises einen Mangel des Titels ableitet, gewissermaßen eine exceptio de iure tertii, vom Rechte des Verkäufers entlehnt, vorschütze; allein es handelt sich hier um eine nothwendige Voraussetzung, unter welcher allein die Tradition, wenn sie vom verkaufenden Eigenthümer ausgeht, auf den Käufer Eigenthum überträgt.

798) L. 2. §. 6. D. 41. 4. Wenn ein Kauf über ein Vermögen geschlossen ist, so beschränkt sich der Titel pro emtore nur auf die eigentlichen Vermögensstücke; auf geliehene oder deponirte Sachen, welche sich mit ihnen vermischt finden, geht er nicht. L. 2. §. 7. D. 41. 4.

799) L. 5. §. 2. D. 26. 8.

mächtigter aus der von ihm selbst veranstalteten Versteigerung etwas gekauft hat, so müßte streng genommen der Kauf ungiltig sein; man machte aber aus Rücksicht auf den Vortheil des Mündels oder des Mandanten eine Ausnahme und ließ einen titulus pro emtore gelten [800]). Am wenigsten bedenklich war es, wenn eine Ersitzung aus einem Kaufe zugelassen wurde, welcher mit dem Sclaven, wenn auch ohne Vorwissen des Herrn, über eine zum peculium gehörige Sache abgeschlossen worden war [801]), da der Sclave von seinem Peculium zwar nichts verschenken, wohl aber ohne vorherige Anfrage bei dem Herrn verkaufen durfte. Ein von einem unredlich verfahrenden Mandatar abgeschlossenes Verkaufsgeschäft bleibt dennoch ein Kauf und begründet daher eine Ersitzung [802]). Liegt ein bedingtes Kaufgeschäft vor, so kommen hinsichtlich der Möglichkeit der Ersitzung die schon früher entwickelten Rechtsgrundsätze mit Rücksicht auf den Unterschied zwischen aufschiebender und auflösender Bedingung zur Anwendung, dergestalt, daß bei einer Suspensivbedingung der Eintritt derselben erfolgt sein muß, damit ein titulus pro emtore begründet werde, indem die bloße Meinung nicht genügen kann [803]); während ein mit einer auflösenden Bedingung versehener Kauf allerdings sofort einen giltigen Titel begründet [804]). Zu b) Geschieht die Uebergabe in der Absicht, ein Schuldverhältniß dadurch zu begründen (ob causam dare, do ut des, do ut facias), so ist unzweifelhaft ein Ersitzungsbesitz begründet. Selbstverständlich muß die Uebergabe ein völliges Weggeben, Entäußern sein, wie es bei dem mutuum der Fall ist, nicht ein blos zeitliches Verleihen, wie bei dem commodatum und ähnlichen Geschäften. Einen besondern Kunstausdruck, um diesen

---

800) L. 2. §. 8. 9. D. 41. 4. Auch wer als negotiorum gestor eine Versteigerung veranstaltet und in derselben etwas gekauft hat, kann pro emtore ersitzen. L. 2. §. 9. D. 41. 4. Hat ein negotiorum gestor von einem Dritten eine dem Principal zugehörige Sache gekauft, so ist, wenn nur sonst nichts an der Redlichkeit fehlt, eine Ersitzung möglich. L. 19. §. 3. D. 3. 5.

801) L. 34. D. 41. 3. Die Erklärung von Cujacius (comm. ad tit. Dig. de usurp. et usuc.), welcher die Worte „insciente domino" für gleichbedeutend mit „conscio domino" nimmt, ist unnöthig und hat übrigens die Basiliken (Lib. L. Tit. 3. cap. 32.) gegen sich, welche jene Worte durch ἐν ἀγνοίᾳ μεν wiedergeben.

802) L. 7. §. 6. D. 41. 4.

803) L. 2. §. 2. D. 41. 4.

804) Bei der in diem addictio nimmt Julian (wohl nur im Zweifel) eine auflösende Bedingung an und Paulus pflichtet ihm bei, während Ulpian dieses für eine nach den Umständen zu entscheidende Frage (quaestio facti) erklärt. Ist hier eine auflösende Bedingung vorhanden, so ist unzweifelhaft Ersitzungsbesitz möglich. L. 2. §. 4. D. 41. 4. L. 2. L. 4. pr. D. 18. 2. Auch in der lex commissoria findet Ulpian im Zweifel eine Resolutivbedingung. L. 1. D. 18. 3. Sabinus aber erblickte darin eher eine Suspensivbedingung und erklärte sich aus diesem Gesichtspunkte gegen die Zulassung einer Ersitzung. L. 2. §. 3. D. 41. 4. In dem sog. pactum displicentiae liegt eine auflösende Bedingung und daher steht dem Käufer der Ersitzungsbesitz zu. L. 2. §. 5. D. 41. 4.

Titel im allgemeinen zu bezeichnen, welcher im Falle der Tradition zur Begründung eines Schuldverhältnisses stattfindet, giebt es nicht; man mußte sich hier mit dem allgemeinen Ausdrucke titulus pro suo begnügen. Dies würde z. B. bei dem Tausche der Fall sein, wenn man hier nicht einen titulus quasi pro emtore wegen der großen Aehnlichkeit zwischen Kauf und Tausch annehmen will, wozu allerdings eine Stelle [805]) Veranlassung giebt, nach welcher der Herr, welcher von seinem Sclaven zur Entschädigung für die Freilassung einen anderen Sclaven erhalten hat, gleich einem Käufer (quasi emtor) zu beurtheilen ist. Auch bei einer durch Uebereinkunft getroffenen Theilung tritt ein titulus auf den Grund des ob causam dare ein [806]). Dasselbe gilt in Bezug auf den Vergleich [807]). Der Vergleich begründet übrigens nicht blos einen Titel für das, was als Entschädigung für die Aufopferung von Ansprüchen gegeben wird, sondern auch auf den Gegenstand des Streites selbst, so daß der, welcher ihn behält, auch wenn er bisher keinen giltigen Rechtsgrund für seinen Besitz hatte, nun durch den Vergleich einen solchen erhält. Dafür spricht theils eine Gesetzstelle [808]), theils die Natur der Sache, da derjenige, welcher eine Sache infolge eines Vergleiches, also gegen eine Aufopferung, behält, demjenigen sich vergleichen läßt, welchem sie gegen Entrichtung der litis aestimatio verbleibt. — Auch der titulus pro dote gehört zu denen, welche durch ein ob causam dare begründet werden; es kommt aber dafür ein besonderer Kunstausdruck vor, welcher auch eigenen Titeln der Digesten und des Codex die Ueberschrift gegeben hat [809]). Da der Ehemann nach römischem Rechte Eigenthum an der dos hat, so war es ganz angemessen, daß er, wenn es ihm in Ermangelung aller nöthigen Erfordernisse nicht möglich war, das Eigenthum zu erwerben, wenigstens einen giltigen Usucapionstitel erlangte. Zunächst kam nur ihm diese Ersitzung zu Statten, weil er dadurch gegen die Eigenthumsansprüche eines Dritten Sicherheit erlangte; aber auch der Frau kam sie mittelbar zu Gute, indem ihr dadurch die Rückforderung gesichert wurde. Daß die Ersitzung aus dem titulus pro dote nur dann dem Manne zu Statten gekommen sei, wenn ihm die Dotalsachen ästimirt übergeben worden wären [810]), ist unrichtig, indem eine solche Abschätzung ursprünglich auf das Recht, welches der Mann an der dos erlangte, ohne Einfluß und nur wegen der verschiedenen Art und Weise, wie das Rückforderungsrecht sich gestaltete, wichtig war, und erst seit der Zeit, wo das Veräußerungsrecht des Mannes bei der dos beschränkt wurde, sonst noch in Betracht kam.

---

805) L. 9. 10. D. 41. 4.

806) L. 4. §. 1. D. 41. 10.

807) L. 8. C. VII. 26. L. 29. D. 41. 3. Der Ausdruck titulus pro transacto kommt nicht vor, wohl aber pro transactione in der Rubrik des Codextitels de usucapione pro emtore vel transactione. (VII. 26.)

808) L. 29. D. 41. 3.

809) Dig. 41. 9. Cod. VII. 28.

810) Wie Dabelow, Verjährung Bd. 1, S. 345 behauptet.

Die von Cujacius[811]) behauptete Beschränkung des Titels pro dote auf bewegliche Sachen ist unhaltbar[812]), indem die Anwendbarkeit wenigstens der longi temporis praesc. auch bei unbeweglichen Dotalsachen unzweifelhaft ist[813]), woraus sich auf die erwerbende Eigenthumsersitzung vollkommen sicher schließen läßt. Das Veräußerungsverbot der lex Iulia bei dem fundus dotalis steht nicht im Wege; dieses hindert die Usucapion nur dann, wenn ein Dritter den fundus dotalis durch Ersitzung erwerben will, weil ja nicht die Veräußerung des fundus dotalis an den Ehemann, der ja ohnehin in der Regel Eigenthümer wird, sondern nur die Veräußerung von Seiten des Mannes an Dritte verboten ist. Da eine dos eine wirklich bestehende Ehe voraussetzt, so kann ein titulus pro dote nicht angenommen werden, wenn der Bräutigam etwas erhalten hat, was künftig dos werden soll; die Möglichkeit der Ersitzung ist dadurch noch nicht ausgeschlossen; doch usucapirt der Bräutigam vor der Ehe nicht pro dote, sondern pro suo[814]). Ebenfalls wird pro suo, nicht pro dote usucapirt, wenn die Ehe aus irgend einem Grunde ungiltig ist[815]). Ist jedoch eine Sache vor der Ehe ästimirt dem Bräutigam gegeben worden, so soll auch keine Ersitzung pro suo stattfinden können[816]); ohne Zweifel, weil die aestimati datio als ein Verkauf galt, welcher aber bei der dos aestimata bedingt war und erst mit der Vollziehung der Ehe in Wirksamkeit tritt, daher nun erst die Ersitzung nach den bei der usucapio pro emtore geltenden Grundsätzen anfangen konnte. Zu c) Ein iustus titulus entsteht endlich, wenn die Tradition donandi causa erfolgt. Namentlich findet sich bei der Lehre von der usucapio ein titulus pro donato mit besonderen Titeln in den Digesten und im Codex unter dieser Aufschrift[817]). In Bezug auf die longi temporis praescriptio bestimmt Justinian in einer eigenen Verordnung[818]), daß dieselbe rechtlich begründet sein solle, der Besitz möge herrühren: sive ex donatione, sive ex alia lucrativa causa. Bei dem Titel pro donato ist die Voraussetzung Uebergabe der Sache in der rechtlichen Absicht zu schenken[819]), gleichviel ob eine Schenkung unter den Lebenden oder eine Schenkung Todes halber bezweckt war[820]); nur muß eine Schenkung

---

811) Cuiacius, Obs. Lib. XIV. cap. 9. und Recitat. solemn. in Cod. Lib. VII. Tit. 28.

812) Vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. 25, S. 212 flg. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 388.

813) L. 3. C. VII. 33.

814) L. 1. §. 2. D. 41. 9.

815) L. 67. D. 23. 3. Der Usucapionstitel pro dote findet hier nicht statt. L. 1. §. 3. 4. D. 41. 9.

816) L. 2. D. 41. 9.

817) Dig. 41. 6. Cod. VII. 27.

818) L. 11. C. VII. 33.

819) L. 1. pr. D. 41. 6. Vgl. L. 18. §. 2. D. 39. 5.

820) L. 13. pr. L. 33. D. 39. 6. Vgl. den Artikel Schenkung auf den Todesfall Bd. IX, S. 712.

der letzteren Art nicht ausdrücklich hinsichtlich ihrer rechtlichen Wirksamkeit bis zum Eintritte des Todesfalles suspendirt sein. Ist zur Verschleierung einer Schenkung ein Kauf geschlossen worden, so entsteht ebenfalls der Titel pro donato [821]), was von verschleierten Schenkungen aller Art gelten muß. Eine unwirksame Schenkung kann keinen Titel pro donato begründen. Dies ist der Fall: 1) bei Schenkungen zwischen dem Vater und den in seiner Gewalt befindlichen Kindern nach dem Rechte der Digesten [822]); da jedoch nach einer Verordnung Justinian's [823]) eine solche Schenkung Giltigkeit erlangt, wenn der Vater solche Schenkungen, wenn sie den gesetzlichen, der Insinuation bedürfenden Betrag übersteigen und insinuirt sind, vor seinem Ableben nicht widerruft, außer dem Falle der Insinuation aber in seinem letzten Willen ausdrücklich bestätigt, so ist davon eine Folge, daß im ersten Falle auch ein Rechtsgrund zur Ersitzung dadurch entstand, und zwar mit rückwirkender Kraft, im letzteren Falle ohne rückwirkende Kraft. Doch konnte auch schon vor Justinian eine solche Schenkung Giltigkeit erlangen, wenn der Vater bei seinem Willen zu schenken, bis an seinen Tod geblieben war [824]); wenigstens konnte das beschenkte Kind bei der Erbtheilung verlangen, daß ihm die geschenkten Sachen vorzugsweise verblieben [825]) und im Falle einer Lossagung von der Erbschaft sich durch eine doli exceptio schützen [826]); es konnte also schon damals eine solche ungiltige Schenkung einen Usucapionstitel abgeben. Nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes, wo die väterliche Gewalt überhaupt nach der richtigeren Meinung kein Hinderniß der Abschließung von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Kindern ist, sind auch Schenkungen des Vaters an seine Kinder wirksam [827]) und können demnach sofort den Titel pro donato begründen. 2) Schenkungen unter Ehegatten können, weil sie im allgemeinen für unwirksam erklärt sind, den Usucapionstitel pro donato nicht begründen [828]). Doch ist hierbei folgendes zu bemerken:

821) L. 6. D. 41. 6.
822) L. 1. §. 1. D. 41. 6.
823) L. 25. C. V. 16.
824) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 11. §. 3. L. 2. Cod. Gregor. de familiae erciscundae et communi dividundo III. 6. (al. 5.) ed. Haenel.
825) L. 18. pr. C. III. 36.
826) L. 8. D. 37. 7.
827) Vgl. den Artikel Väterliche Gewalt.
828) L. 1. §. 2. D. 41. 6. Wegen der Fälle, in welchen eine Schenkung unter Ehegatten ungiltig ist, wird auf den Artikel Schenkung Bd. IX, S. 679 flg. verwiesen. So ist z. B. eine während der Ehe versprochene, aber erst nach getrennter Ehe erfüllte Schenkung nicht ungiltig; sie begründet also den Titel pro donato. L. 24. D. 24. 1. Ebenso wird eine vor der Ehe gemachte Schenkung durch die spätere Heurath nicht ungiltig; sie begründet also fortdauernd den Titel pro donato. L. 24. cit. Da durch den Tod des Schenkers nach der oratio Antonini die Schenkung, wenn er sie nicht widerrufen hat, giltig wird (vgl. den Artikel Schenkung Bd. IX, S. 694 flg.), so ist dies auch auf die Ersitzung von Einfluß; jedenfalls wird dem Beschenkten die ganze Besitzzeit

aa) Hat der eine Ehegatte eine dem anderen gehörige Sache von einem Dritten geschenkt erhalten, ohne daß weder der eine noch der andere Ehegatte die wahre Lage des Eigenthums kannte, so ist dieses keine Schenkung unter Ehegatten, und die Ersitzung ist unbedenklich zulässig; wenn aber später der Ehegatte, welchem die Sache eigenthümlich gehört, von seinen Ansprüchen Kenntniß erlangt und doch die ihm gehörige Sache in den Händen des anderen Ehegatten läßt, so enthält dieses Lassen eine Schenkung, wenn auch der besitzende Ehegatte diese Ansprüche kennt[829]. bb) Schenkt der in des Vaters Gewalt befindliche Sohn seiner Mutter oder Stiefmutter, so ist diese Schenkung zwar ungiltig, gerade so, als wenn sie vom Vater selbst ausgegangen wäre[830]; es ist aber doch eine Ersitzung zulässig, wenn der Sohn von der väterlichen Gewalt unabhängig zu sein glaubte[831]. cc) Wenn der schenkende Ehegatte eine ihm gar nicht gehörige Sache weggegeben hat, so ist dieses zwar an sich eine Schenkung unter Ehegatten; da aber ein Grund, die Schenkung für unwirksam zu achten, nicht vorliegt, indem der Schenkgeber durch eine solche Schenkung nicht ärmer wird, so wird die Schenkung für giltig gehalten und eine Ersitzung zugelassen[832]. Doch ist dieser Grund nur in dem Falle passend, wenn der Schenkende nicht einmal die bonae fidei possessio der verschenkten Sache gehabt hat; außerdem ist die Ersitzung doch unstatthaft. — (Zu S. 485.) Neben dem titulus pro donato bedarf noch der titulus p r o d e r e l i c t o der Erwähnung[833]. Wer eine derelinquirte Sache in Besitz nimmt, erwirbt das Eigenthum; die Dereliction gilt als eine traditio in incertam personam[834]. Sind also die Umstände so beschaffen, daß kein Eigenthum an der Sache entstehen kann, namentlich weil der Derelinquirende nicht Eigenthümer derselben war, so entsteht wenigstens ein Ersitzungsbesitz. Vorausgesetzt wird wirklich stattgefundene Dereliction, und daß derjenige, welcher von der Sache Besitz ergriffen hat, davon Kenntniß gehabt habe, wenn er auch nicht gewußt hat, wer die Sache derelinquirt hat[835]. Bei über Bord geworfenen Sachen ist eine Ersitzung unzulässig, weil sich die Absicht, das Eigenthum aufzugeben, nicht annehmen läßt[836]. — Unter

---

während der Ehe zu Gute kommen, da er voluntate donatoris besessen hat, so daß man es nicht auf die rückwirkende Kraft der Bestätigung, welche L. 25. C. V. 16. in manchen Fällen bestimmt, zu stellen braucht.

829) L. 44. D. 24. 1. Nach S a v i g n y, in der Zeitschr. für gesch. RW. Bd. I, S. 270 flg. ist die Interpunction in dieser Stelle zu ändern, in der Art, daß hinter „donationis" ein Punkt zu setzen, dagegen hinter „scientia" der bisher üblich gewesene Doppelpunkt auszulassen ist.

830) L. 3. §. 2. D. 24. 1.

831) L. 44. D. 24. 1. verb. I d e m q u e i u r i s e r i t etc.

832) L. 3. D. 41. 6. L. 25. D. 24. 1.

833) Dig. 41. 7.

834) L. 5. §. 1. D. 41. 7. §. 47. Inst. II. 1.

835) L. 4. 6. D. 41. 7.

836) L. 7. D. 41. 7. Vgl. L. 21. §. 1. 2. D. 41. 2. L. 8. D. 14. 2.

den außer der Uebergabe möglichen besonderen Erwerbungsgründen des Besitzes ist der titulus pro legato (vergl. oben unter 4.) der wichtigste[837]). Er durfte als besonderer Titel deswegen nicht fehlen, weil es bei dem legatum per vindicationem, per praeceptionem und sinendi modo nicht auf eine Uebergabe ankam, sondern auch sonst die Entstehung eines rechtmäßigen Besitzes möglich war[838]). Der titulus pro legato trat aber auch dann ein, wenn der Legatar durch Uebergabe in den Besitz eines solchen Vermächtnisses gelangte[839]). Der Titel pro legato setzt voraus, daß wirklich etwas vermacht worden sei; es genügt nicht die Meinung, daß solches geschehen sei[840]); wenigstens ist im letzteren Falle nur aus besonderen Rechtfertigungsgründen, nach Analogie der vorher entwickelten Grundsätze über einen obwaltenden entschuldbaren Irrthum, eine Ersitzung zuzulassen. Ursprünglich setzte der titulus pro legato sogar eine vollkommen giltige letzte Willensverordnung voraus; später ließ man ihn nach langem Streite auch gelten, damit eine Sache, welche nicht auf rechtsbeständige Weise vermacht oder deren Vermächtniß widerrufen worden ist, durch Ersitzung (wohl auch gegen den Erben) behauptet wurde[841]). Es wird sich auch wohl annehmen lassen, daß die Ersitzung pro legato möglich sei, wenn dem Erblasser die Fähigkeit, einen letzten Willen zu errichten, mangelte. Ist dagegen das Vermächtniß wegen der dem Legatar mangelnden testamenti factio ungiltig, so ist eine Ersitzung pro legato schon deshalb unzulässig, weil die Unwissenheit in Ansehung des eigenen Rechtszustandes nicht entschuldigt und daher auch keine redliche Meinung, wie es nöthig war, begründet werden kann[842]). Auch wird sich wohl behaupten lassen, daß der Titel

837) Dig. 41. 8.

838) L. 8. D. 41. 8.

839) L. 5. D. 41. 8. Zweifelhaft kann nicht ohne Grund sein, ob bei dem legatum per damnationem ein titulus pro legato angenommen wurde und nicht vielmehr ein titulus pro soluto. Auch wenn infolge eines Fideicommisses etwas übergeben worden war, scheint mehr eine Ersitzung pro soluto gegolten zu haben. In dem Falle der L. 4. §. 2. D. 41. 10. war gar kein Legat hinterlassen worden und der Erbe hatte blos in der irrigen Meinung, eine Sache sei legirt worden, dieselbe übergeben; daß sie hier nicht pro legato, sondern pro soluto oder, wie sich die Stelle ausdrückt, pro suo ersessen werden konnte, versteht sich von selbst. Jene Stelle kann also nichts entscheiden. Roßhirt, im Archiv f. civil. Praxis Bd. IX, S. 11 hält eine Usucapion bei dem legatum per vindicationem für ganz unstatthaft, weil ja ein solches Legat nur bestehe, wenn die vermachte Sache quiritarisches Eigenthum des Erblassers gewesen sei. Allein es war nach der Bemerkung von Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 397, N. 400 sehr natürlich, daß gerade eine in dieser Beziehung etwa vorhandene Mangelhaftigkeit des Legates sollte geheilt werden können; vorausgesetzt nämlich, daß der Legatar derselben ungeachtet den Besitz erlangt hatte.

840) L. 1. 2. D. 41. 8.

841) L. 9. D. 41. 8. Vgl. L. 4. eod., wonach die Ersitzung pro legato auch nützen kann, wenn man das einem Anderen bestimmte Legat wegen Gleichheit des Namens fälschlich auf sich bezogen hat.

842) L. 7. D. 41. 8.

pro legato erst nach dem Tode dessen, welcher das Legat angeordnet hat, wirksam sein kann [843]). — Neben dem legatum sind (außer der Uebergabe) als besondere tituli der Ersitzung zu nennen die adiudicatio [844]), das duci iubere [845]), die missio in possessionem, aber nur damni infecti nomine, wenn der Eigenthumsbesitzer die cautio damni infecti fortdauernd verweigert und deswegen dem Bedrohten durch ein zweites obrigkeitliches Decret (ex secundo decreto) der Besitz des Gefahr drohenden Grundstückes zugesprochen wird [846]). Erfolgt bei einem vectigale praedium eine solche missio in possessionem, so ist zu unterscheiden, ob sie gegen den Emphyteuta oder gegen den Eigenthümer der emphyteutischen Sache verfügt wurde. Im ersten Falle entsteht weder Eigenthum, noch ein zur Ersitzung des Eigenthums geeigneter Besitz, sondern blos ein emphyteutischer Besitz; im zweiten Falle entsteht dagegen allerdings ein Eigenthumsbesitz [847]). — Eine sehr bestrittene Frage ist die, ob es auch eine Ersitzung auf Grund eines rechtskräftigen Urtheiles, einen titulus pro iudicato gebe [848]). Bei Beantwortung dieser Frage ist zunächst der Streitpunkt festzustellen. Ein Urtheil ist entweder ein verurtheilendes oder ein entbindendes. Das klagbar gemachte Recht kann ein dingliches oder ein persönliches sein. Wird der Beklagte dem Kläger zur Herausgabe einer Sache aus einem obligatorischen Anspruche verurtheilt, so gilt als unbestritten, daß der Letztere die Sache, welche er in gutem Glauben sich herausgeben läßt, pro soluto ersitzen könne, wenn sie einem Dritten gehörte. Es läßt sich dies nur für den Fall zugeben, wenn die

---

843) Eine Ersitzung gegen den noch lebenden Erblasser, welcher das Vermächtniß angeordnet hat, ist so unnatürlich und es kann von einem Legate vor dessen Ableben sowenig die Rede sein, daß auch aus L. 5. 6. D. 41. 8. das Gegentheil nicht entnommen werden kann. Es ist in diesen Stellen mit Unterholzner a. a. O. Bd. 1, N. 402, S. 398 flg. an den Fall zu denken, wo der Urheber des letzten Willens eine fremde Sache vermacht hat. Gelangt nun nach seinem Tode diese Sache in die Hand des mit dem Legate Bedachten, so soll es nach jenen Stellen nur darauf ankommen, daß der Empfänger die Sache für Eigenthum des Verstorbenen hält, obgleich der wirkliche Eigenthümer noch lebt. Maiansius, Disput. iur. civ. p. 254. will zwar ebenfalls nicht die usucapio pro legato zulassen, wohl aber eine usucapio pro suo gegen den Eigenthümer. Dies ist aber ebenso unnatürlich.

844) L. 17. D. 41. 3. Ungewiß ist, ob der Ausdruck titulus pro adiudicato jemals gebräuchlich gewesen ist.

845) L. 28. D. 9. 4. Vgl. L. 6. D. 6. 2.

846) L. 15. §. 6. D. 39. 2. Vgl. L. 5. pr. eod.

847) L. 15. §. 26. 27. D. 39. 2. Auf die beiden letzten Fälle geht wahrscheinlich die in L. 11. D. 41. 2. aufgestellte Regel: Qui Praetore auctore possidet, iuste possidet.

848) Dafür erklären sich z. B. Donellus, comm. iur. civ. Lib. V. cap. 14. §. 13. Arndts, im Archiv f. civil. Praxis Bd. XIII, S. 283 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 320, Anm. 3.; dagegen Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 400 flg. Danz, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. V, S. 273 flg. Puchta, Vorlesungen Bd. 1, S. 312. Stephan, im Archiv für civil. Praxis Bd. XXXI, S. 353—373. Pfeiffer, ebd. Bd. XXXVII, S. 121 flg.

klagend geltend gemachte Schulverbindlichkeit wirklich vorhanden war. War dies nicht der Fall, wurde die Schuldverpflichtung vom Kläger blos in gutem Glauben behauptet, vom Richter irrthümlich angenommen und seinem verurtheilenden Erkenntnisse zum Grunde gelegt, vom Beklagten in Abrede gestellt und nur gezwungener Weise erfüllt, so kann der Sieger pro soluto nicht ersitzen. Nach den hier in Betracht kommenden Stellen[849]) läßt sich die Ersitzung pro soluto auf dreifache Weise denken. Erstens: es bestand eine Schuldverbindlichkeit; die schuldige Sache, die einem Dritten gehört, wird geleistet; sie kann von dem Empfänger, welcher seinen Schuldner für den Eigenthümer hielt, pro soluto ersessen werden. Zweitens: es bestand eine Schuldverpflichtung; allein statt des eigentlichen Gegenstandes der Obligation wird ein anderer, welcher einem Dritten eigenthümlich zugehört, an Zahlungsstatt geleistet; auch dann kann der Gläubiger und Empfänger pro soluto ersitzen. Drittens: es ist zwar zum Behufe der usucapio pro soluto nicht gerade nöthig, daß eine Schuldverpflichtung vorhanden sei; es wird aber doch stets vorausgesetzt, daß nicht etwa blos der Empfänger der Sache, sondern auch, daß der Geber eine Obligation als vorhanden annahm. Denn nur unter dieser Voraussetzung, sofern der Tradent das Eigenthum wirklich übertragen wollte, würde dieses von dem Leistenden auf den Empfänger haben übergeben können[850]). Nur ein solches Geschäft, wodurch Eigenthum übertragen werden kann, eignet sich auch zum Ersitzungstitel. Hieran fehlt es in dem Falle, wenn Jemand mit einer persönlichen Klage auf Herausgabe einer Sache belangt, und hierzu auf Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses genöthigt wird, welches mit dem Kläger irrthümlich eine Obligation des Beklagten annahm, ohne daß dieser in gleichem Irrthum sich befand oder die Absicht hatte, den Sieger zum Eigenthümer der herauszugebenden Sache zu machen. Wäre nun diese Sache die eines Dritten, so könnte der Sieger, da er keinen anderen Titel hat, namentlich nicht den Titel pro soluto, sie nur noch auf den Grund des rechtskräftigen Erkenntnisses, welches sie ihm zusprach, ersitzen. Mithin ist auch auf diesen Fall, wenn infolge einer durchgeführten actio in personam der Beklagte zur Herausgabe einer Sache angehalten worden ist, die Frage auszudehnen, ob es eine Ersitzung auf den Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses gebe[851]). Man ist darüber einverstanden, daß der Besitzer, welcher durch ein absolutorisches Urtheil im Besitze erhalten worden ist, auf dieses Urtheil als auf einen Ersitzungstitel sich nicht berufen könne. Der Grund des Besitzes liegt hier nicht in dem Urtheil, welches nur ausspricht, daß der Kläger sein Eigenthum oder sein Forderungsrecht nicht dargethan hat und deshalb

849) L. 46. 48. pr. D. 41. 3.
850) L. 15. §. 1. D. 12. 6.
851) Dies bemerkt ganz richtig Stephan, während die übrigen angeführten Schriftsteller die Frage auf den Fall eines dinglichen Rechtsstreites beschränken.

abgewiesen wird. Selbst wenn das Urtheil den beklagten Besitzer etwa als Eigenthümer anerkannt hätte, würde dies als etwas Ueberflüssiges juristisch gleichgiltig sein, weil das Urtheil sich lediglich auf die Frage zu beschränken hat, ob das Eigenthum oder das Forderungsrecht des Klägers bewiesen sei oder nicht. Grund der Abweisung des Klägers ist dessen Nichteigenthum oder Nichtberechtigung zur Forderung; dies kann kein Erwerbsgrund, also auch kein Ersitzungstitel für den Beklagten sein. Die aufgeworfene Frage bezieht sich also auf die Fälle eines rechtskräftigen Erkenntnisses, durch welches der Beklagte zur Herausgabe einer Sache verurtheilt wurde, sei es, daß die erhobene Klage eine dingliche oder daß sie eine auf einen Erwerbsgrund des Eigenthums gestützte persönliche Klage war, sofern deren siegreiche Durchführung nicht zu einer Ersitzung aus dem Titel pro soluto führt. Als Princip gilt, was durch die Erwägung jedes einzelnen Ersitzungstitels bestätigt wird, daß jedes, aber auch nur ein solches Rechtsgeschäft dem Empfänger einer Sache zum Ersitzungstitel dienen kann, welches dazu bestimmt ist, Eigenthum zu übertragen. Wenn gerade die Eigenthumsübertragung unzweifelhafte Bestimmung eines Urtheils wäre, so würde nach diesem allgemeinen Grundsatze die Möglichkeit, das Urtheil als Ersitzungstitel zu gebrauchen, nicht zu leugnen sein. Daß das Urtheil zur Eigenthumsübertragung diene, ist in zwei Fällen als unstreitig ausgegeben worden. Erstens: wenn infolge eines Theilungsverfahrens durch den Theilungsrichter dem Einen oder Anderen der Streitenden ein Gegenstand adjudicirt ist, so erwirbt er daran kraft des richterlichen Spruches Eigenthum und folgeweise kommt ihm dessen Ersitzung auf den Grund eines solchen Erkenntnisses zu Statten, wenn ohne sein Wissen ein Dritter Eigenthümer war[852]). Zweitens: die Usucapion unterschied sich dadurch von der longi temporis praescriptio, daß nur die letztere durch die Litiscontestation unterbrochen wurde. Die Usucapion des beklagten Besitzers lief auch nach der Litiscontestation fort und wurde vielleicht sogar während des Vindicationsprocesses vollendet. Fiel das Erkenntniß günstig für den Vindicanten aus, so verlor der Besitzer die Sache wieder an den Kläger. Hatte der Besitzer wirklich usucapirt, so wurde durch die Herausgabe der Sache (Tradition) das Eigenthum daran an den Sieger zurückübertragen; letzterer hatte also überall keine Ersitzung mehr nöthig, da ein Dritter als Eigenthümer ja bereits durch die Usucapion des Beklagten in einem Rechtsstreite ausgeschlossen war. War hingegen diese trotz des Ablaufes der gesetzlichen Zeit wegen irgend eines Mangels, z. B. wegen mala fides oder Unterbrechung des Besitzes, unwirksam, so daß der Dritte noch mit seiner Vindication gegen den nunmehrigen Besitzer, den in jenem Rechtsstreite siegreich gewesenen Kläger, auftreten könnte, so wird nach der Ansicht Einiger[853]) dieser die Sache auf Grund des rechtskräftigen Er-

852) L. 17. D. 41. 3.

853) Arndts a. a. O. S. 286. Danz a. a. O. S. 280. Vangerow a. a. O.

kenntnisses allenfalls ersitzen können, natürlich unter der Voraussetzung, daß er von den Usucapionshindernissen des bisherigen Besitzes des Gegners keine Kenntniß hatte, sondern glaubte, daß dieser durch Usucapion das Eigenthum erworben habe. In dem erwähnten Falle war freilich das Erkenntniß auf Rückübertragung des Eigenthums von dem Beklagten auf den Kläger durch Tradition, früher nach Umständen durch Mancipation oder in iure cessio, gerichtet. Hiernach scheint zufolge des aufgestellten Grundsatzes nichts im Wege zu stehen, das Urtheil als Ersitzungstitel gelten zu lassen. Dagegen läßt sich einwenden[854]), daß doch eigentlich nicht das rechtskräftige Erkenntniß der Grund der Rückübertragung des Eigenthums ist, sondern vielmehr die darin enthaltene Anerkennung, daß der Kläger zur Zeit der Litiscontestation das Eigenthum gehabt hat, also die Anerkennung des Titels, auf welchen derselbe sein Eigenthum stützte und welcher von ihm zu erweisen war. Hieraus folgt aber, daß nicht das Erkenntniß im Vindicationsprocesse, sondern dieser frühere Erwerbstitel allenfalls ihm zur Usucapion dienen könne, falls die des Beklagten nur scheinbar gewesen und der Eigenthumsanspruch des Dritten noch nicht ausgeschlossen sein sollte. Zur Vergleichung bietet sich von selbst der Fall dar, wenn der Verkäufer auf den Grund der lex commissoria oder des sog. pactum displicentiae die verkaufte Sache zurücknimmt. Er kann aus dieser Zurücknahme keinen Ersitzungstitel für sich machen, sondern er kann nur die Ersitzung aus seinem früheren Erwerbstitel fortsetzen und sich dabei die Besitzzeit des Käufers einrechnen. Außerdem läßt sich gegen die obige Ansicht einwenden, daß nach dem Grundsatze: res iudicata aliis non nocet, das Urtheil dem siegreichen Kläger nicht zum Ersitzungstitel dienen könne, um dem Dritten gegenüber, welchem das Eigenthum nicht aberkannt war, durch Klage oder Einrede sein Eigenthum geltend zu machen. Hiermit fällt auch dieser Fall der aufgeworfenen Streitfrage anheim, wenngleich als nicht mehr praktisch, wenn man annimmt, daß nach der L. un. C. VII. 31. nicht die Grundsätze von der Usucapion, sondern die der longi temporis praescriptio, welche durch die Litiscontestation stets unterbrochen wird, als die herrschenden anzuwenden sind. Auszuscheiden sind demnach von vornherein folgende Fälle: 1) wird in einem persönlichen oder dinglichen Rechtsstreite der beklagte Besitzer entbunden, so kann von einer Ersitzung auf Grund dieses Urtheils für ihn nicht die Rede sein; 2) wenn der mit einer persönlichen Klage Belangte zur Herausgabe einer Sache verurtheilt ist, so kann der Kläger diese pro soluto ersitzen, wenn das Dasein einer Schuldverpflichtung weder vom Kläger, noch vom Beklagten bezweifelt wird; 3) Sachen, welche in einem Theilungsprocesse einer Partei adjudicirt werden, kann dieselbe auf den Grund der Adjudication ersitzen. Der gegenwärtige Standpunkt der Streitfrage ist kurz folgender. Nachdem Donellus, besonders

854) Vgl. Stephan a. a. O. S. 358.

gestützt auf L. 3. §. 3. D. 27. 9. und L. 15. §. 4. D. 42. 1. sie bejahend entschieden hatte, griff zuerst Unterholzner, später Danz dessen Ansicht mit den bereits angedeuteten Gründen an, daß das Urtheil nicht beabsichtige, dem siegenden Theile ein neues Recht zu geben, sondern nur ein vorhandenes Recht anerkenne, wie dies deutlich L. 8. §. 4. D. 8. 5. sage, und ferner, daß das Urtheil, dessen Spruch immerhin zufälliger Weise von dem vorhandenen Rechte abweichen könne und dennoch als formelles Recht respectirt werden müsse, immer nur den streitenden Theilen gegenüber Rechte gebe und nehme. Gegen den ersteren Einwurf suchte Arndts auszuführen: wenn man die zur Ersitzung erforderliche iusta causa nur als die Grundlage der bona fides ansehe, so sei es unnatürlich, die richterliche Entscheidung über ein bestrittenes Eigenthum nicht als hinreichenden Grund zur Ersitzung gelten zu lassen, da jene doch wohl alle Zweifel an der Giltigkeit des früheren Besitztitels oder des angenommenen Eigenthumserwerbes haben und etwa vorhandene Mängel desselben decken könne. Gewissermaßen könne man aber auch das Urtheil, obgleich der Kläger nicht erst durch dieses zu erwerben glaube, doch als Erwerbsgrund des Eigenthums ansehen, indem ja dann, wenn der Beklagte wirklich der Eigenthümer war, nur wegen des Urtheils nach formellem Rechte der Kläger für den Eigenthümer zu halten sei, dieser also nun ein Eigenthum in der That habe, was er früher nicht hatte. Dem zweiten Gegengrunde Unterholzner's, daß eine res iudicata nur inter partes wirke, setzt Arndts die Hinweisung auf andere Rechtsgeschäfte, Kauf, Schenkung, namentlich den mit der res iudicata zu vergleichenden Transact, entgegen, welche auf einer rein persönlichen Obligation zwischen den Contrahenten beruhen und dennoch zu einer gegen jeden Dritten wirksamen Ersitzung führen. Zur Bestärkung dieser Ansicht wird sich noch berufen auf L. 137. D. 50. 17. und L. 3. D. 6. 2., welche letztere die Publicianische Klage, mithin einen Ersitzungsbesitz anerkenne, si res ex causa iudicati sit tradita. Der Ausführung von Arndts ist auch Vangerow beigetreten; derselbe fordert aber noch, daß der Sieger den besiegten Beklagten auch wirklich für den Eigenthümer gehalten habe. Puchta dagegen bemerkt wieder: das Urtheil ist Usucapionstitel, heißt: es ist Grund der bona fides. Kann nun der Sieger sagen: ich glaube, Eigenthümer zu sein, weil der Richter für mich gesprochen hat? Nein, sondern er kann nur auf den Grund sich berufen, der den Richter zu seinem Urtheile bewogen hat. Die Autorität des Richters bestärkt ihn nur in seiner Ueberzeugung. Stephan erklärt sich gegen die bejahende Ansicht, mit Gründen, die wir hernach noch besonders hervorheben wollen. Pfeiffer ist ebenfalls gegen die Ansicht, daß eine infolge eines condemnatorischen Urtheils im Eigenthumsprocesse erfolgte Tradition der Sache einen Usucapionstitel nicht abgeben könne, will aber dabei nicht außer Acht gelassen wissen, daß in der Regel, dem praktischen Resultate nach, aus dem Inhalte des Urtheils doch ein Usucapionstitel sich ergeben werde. Denn der Kläger im Eigenthums-

processe bringe einen bestimmten Erwerbstitel zur Sprache und das condemnatorische Urtheil erkenne denselben an. Die Tradition werde als Folge dieses durch das Urtheil declarirten Erwerbstitels vom Richter befohlen und vom Kläger, dessen bona fides stets vorhanden sein muß, da ohne dieselbe überhaupt keine Usucapion möglich ist, angenommen. Sollte mithin auch vor dem Processe diese bona fides des Klägers auf schwankender Grundlage gestanden haben, so habe dieselbe doch durch den Richterspruch ein solides Fundament erhalten, so daß der Kläger sich mindestens auf einen iustus titulus putativus berufen könne. Dieser Titel sei zwar bestärkt durch das richterliche Urtheil; er wurzele aber in Wahrheit nicht in demselben, sondern in dem früheren wahren oder mit gutem Grunde geglaubten Erwerbsacte. Es ließen sich jedoch auch Fälle denken, in welchen der siegreiche Kläger eines ursprünglichen Erwerbsgrundes der in Gemäßheit des Urtheils ihm tradirten Sache sich gar nicht bewußt sei, z. B. wenn sein Erblasser den Proceß geführt habe. Hierbei würde seine zur Ersitzung nothwendige bona fides in doppelter Gestalt erscheinen können. Er könnte sich mit der allgemeinen Annahme begnügen, daß er jedenfalls Eigenthümer sei, weil das Urtheil auf einem in Wahrheit begründeten, obgleich ihm unbekannten, Erwerbsgrunde beruhen müsse. Ein solcher vager Glaube würde aber einen wirklichen Erwerbstitel nicht zu ersetzen vermögen, da in der That das Bewußtsein eines Erwerbsgrundes fehle. Der Besitzer könnte aber auch glauben, daß er durch das Urtheil selbst das Eigenthum erworben habe. Hier sei der entscheidende Punkt, wo es sich frage, ob eine bona fides von solcher Beschaffenheit rechtlich zulässig oder, weil sie auf Rechtsirrthum beruhe, nicht zu berücksichtigen sei. Die letztere Ansicht sei die richtige, quia per sententiam servitus (dominium) non debet constitui, sed quae est, declarari [855]). Die entgegengesetzte Ansicht sei nur möglich, wenn im Urtheil geradezu ein derivativer Erwerbsgrund gefunden und angenommen werde, daß der Vindicant, welcher dem wahren Eigenthümer eine Sache abgestritten hat, hierdurch ein gegen Dritte verfolgbares Eigenthumsrecht erworben habe; die Vindication desselben gegen den dritten Besitzer müßte sich auf die Behauptung und den Beweis stützen, daß er in dem früheren Processe durch ein ungerechtes Urtheil gesiegt habe. Die Unrichtigkeit einer solchen Auffassung folge aber daraus, daß das Urtheil nicht die Bestimmung habe, bestehende Rechtsverhältnisse zu verändern und auf Andere zu übertragen. Und wenn auch der Inhalt eines ungerechten Urtheils unter den Parteien durchweg als formales Recht anzuerkennen wäre, so würden doch Dritte nicht genöthigt sein, den unrichtigen Inhalt des Urtheils gegen sich als Wahrheit gelten zu lassen. Hierin liege der Unterschied von wirklichen Veräußerungsgeschäften, Kauf, Schenkung u. s. w., welche, vom wahren Eigenthümer vorgenommen, Eigenthum, vom vermeintlichen Eigenthümer, einen

855) L. 8. §. 4. D. 8. 5.

Ersitzungstitel und die Publicianische Klage begründen. Nur die Gleichstellung beider Fälle habe zu der auffallenden Annahme geführt, daß der Vindicant, welcher in dem Glauben, gegen den wahren Eigenthümer zu streiten, demselben böslicher Weise seine Sache abgenommen hat, hierauf einen auf bona fides und iustus titulus gestützten Usucapionsbesitz begründen könne, während für denjenigen, welcher in gutem Glauben vindicirt und gesiegt hat, das Urtheil keinen neuen Titel abgeben würde. Das ungerechte Urtheil im Eigenthumsprocesse werde in der Lehre vom Eigenthum nirgends unter den derivativen Erwerbsarten des Eigenthums aufgeführt. In dieser Lehre seien aber Viele, mehr oder weniger bewußt, von der Möglichkeit eines solchen Erwerbsgrundes ausgegangen, namentlich Vangerow, welcher behauptet, daß durch das rechtskräftig gewordene Urtheil das Eigenthum des besiegten Beklagten auf den siegreichen Kläger übergegangen sei, wobei er jedoch im Unklaren lasse, ob der Eigenthumsübergang (wie bei der Adjudication) schon durch das Urtheil oder erst (wie bei dem Kaufe) durch die nachfolgende Tradition vor sich gehen solle. — Es sind zuvörderst die geltend gemachten inneren Gründe und Gegengründe zu prüfen und dann die Aussprüche der Quellen zu betrachten. Zuvörderst ist unzweifelhaft, daß der Grundsatz: res iudicata ius facit inter partes, hier unrichtig angewendet worden ist, indem die verneinende Meinung sich darauf stützte, daß aus diesem Grunde der siegreiche Vindicant nicht (ein gegen Dritte verfolgbares) Eigenthum am Streitgegenstande ersitzen könne. Denn sämmtliche Ersitzungstitel, welche auf derivativen Erwerbsgründen des Eigenthums beruhen, bewirken, wie Arndts ausgeführt hat, ursprünglich nur eine rein persönliche Verbindlichkeit zur Leistung der Sache, deren Ersitzung dem einen Paciscenten, bezüglich Empfänger, möglich ist. Erst die Tradition verschafft ein dingliches Recht. Umsoweniger konnte von dieser Seite die Wirksamkeit des rechtskräftigen Erkenntnisses angegriffen werden, als der der res iudicata ganz nahe stehende Vergleich in den Quellen als Ersitzungstitel anerkannt ist[856]. Es kann aber nach dem

---

856) L. 29. D. 41. 3. Von Arndts a. a. O. S. 287 wird zwar die Beweiskraft dieser Stelle bezweifelt; denn sie spreche von Erbschaftssachen, welche der einzige Erbe dem vorgeblichen Miterben gegeben hat; nun könnten aber einzelne Sachen der Erbschaft nicht als Gegenstand des Erbschaftsstreites angesehen werden, umsoweniger, wenn sie dem Erwerber nicht als Miterben, sondern, wie hier angenommen werde, um ihn zum Abstande von der Erbschaftsklage, also zum Verzicht auf den eigentlichen Gegenstand des Streites zu bewegen (ex transactione), gegeben werden, in welchem Falle sie auch gleich in das Eigenthum des Empfängers übergehen müßten, so daß Usucapion nicht mehr nothwendig und nicht mehr möglich sei. Dagegen ist mit Stephan a. a. O. S. 362 zu bemerken, daß Usucapion allerdings möglich war, wenn die res hereditariae, welche der wirkliche Erbe vergleichsweise dem vermeintlichen Miterben hingiebt, dritten Personen eigenthümlich gehörten und daß von einzelnen Sachen hier nicht als Gegenstand des Erbschaftsstreites, sondern nur insofern sie Gegenstand der Abfindung waren, die Rede ist; endlich daß auch einzelne Sachen Gegen-

Gedankenzusammenhange in der in der Note angeführten Stelle die Auslieferung von Erbschaftssachen kraft eines Vergleiches nur als eine Ausnahme von dem in der Stelle zuvor hingestellten Satze, daß der Besitzer die Erbschaftssachen, welche er, als vermeintlicher Miterbe, von dem wirklichen Miterben empfing, nicht usucapiren könne, aufgefaßt werden; Pomponius erkannte also die Usucapion auf den Grund des Vergleiches als statthaft an und diese Entscheidung kann umsoweniger auffallen, als in einer anderen Stelle[857]) die Ersitzung auf den Grund der Entscheidung eines Streites durch Ableistung eines über den erhobenen Eigenthumsanspruch angetragenen Eides für zulässig erklärt wird, welche der Form nach verschieden von der Beendigung eines Rechtsstreites durch Vergleich und Urtheil, doch ganz dieselbe Bestimmung hat wie die letztere und geradezu eine Art des Transactes genannt wird[858]). Hiermit scheint ein Einwand gegen die Zulässigkeit der Ersitzung aus einem rechtskräftigen Erkenntnisse beseitigt. Unwiderleglich scheint aber der zweite Einwand. Hält man an dem oben an die Spitze gestellten Princip fest, daß nur ein solches Rechtsgeschäft Ersitzungstitel sein könne, welches darauf gerichtet ist, Eigenthum von dem Einen, welcher es wirklich oder vermeintlich hatte, auf den Anderen, welcher es nicht hatte, zu übertragen, so trifft dies auch bei dem der res iudicata sehr nahe stehenden Vergleiche zu. Der Transigent giebt Sachen, mit der Absicht, das Eigenthum davon, welches er sich zuschrieb, aufzugeben und zu übertragen. Dies verhält sich ganz anders im Falle der res iudicata, welche für den Kläger ausfällt. Sie ist gerichtet 1) auf Anerkennung des klägerischen Eigenthums oder Forderungsrechtes, 2) auf Leistung der geforderten Sache durch den Beklagten nach richterlichem Geheiß, und wenn Arndts[859]) den Schluß zieht, daß, wenn die freiwillige Restitution der streitigen Sache Ersitzungsbesitz begründet, es doch unmöglich weniger als iusta causa gelten könne, wenn der Richter dem Kläger, welchen er für den Eigenthümer erkennt, durch seine Auctorität den Besitz verschafft: so ist dieser Schluß unrichtig. Darin besteht ja eben der große Unterschied des Vergleiches und des Urtheils, daß da, wo es sich um eine res dubia handelt, der Geber der streitigen oder einer anderen Sache sein behauptetes, ihm nicht aberkanntes Eigenthum daran auf den Empfänger zu übertragen beabsichtigt, während dies hier sowenig dem Richter als dem Beklagten, welcher zur Herausgabe der Sache gezwungen wird, einfällt. Ersitzungstitel kann nur ein Erwerbsgrund des Eigenthums sein. Ist nun, wie allgemein zugegeben wird, das rechtskräftige condemnatorische Erkenntniß auf Anerkennung des klagbar

stand des Erbschaftsstreites sein können, da dieser zunächst die subjective Erbenqualität, welche den Grund des Erbschaftsanspruches bildet, betrifft.

857) L. 13. §. 1. D. 12. 2.

858) L. 2. D. 12. 2.

859) Arndts a. a. O. S. 289. Siehe dagegen Stephan a. a. O. S. 363 flg.

gemachten Rechtes und bezüglich Rechtstitels gerichtet, so kann es gerade deshalb nicht Erwerbsgrund, folglich nicht Ersitzungstitel für den Kläger sein, weil es einen Widerspruch enthalten würde, indem es dem Kläger zugleich ein altes Recht und zugleich ein neues zuspräche, also voraussetzte, daß dem Kläger kein Recht auf die Sache zustand. Dieser Widerspruch wird auch nicht durch die Bemerkung von Vangerow[860]) gehoben: daß für den Fall, da ein klagender Nichteigenthümer ein siegreiches Urtheil davontrüge, das positive Recht durch die Verfügung nachgeholfen habe, daß auch das materielle Unrecht dem Besiegten gegenüber formell als Recht gelten, daß also der Sieger der anderen Partei gegenüber wirklich berechtigt sein solle, möge er es nun auch ursprünglich gewesen sein oder nicht. Die Giltigkeit formellen Rechtes hat blos die Bedeutung, daß der einmal rechtskräftig entschiedene Streit nicht wieder von neuem erhoben werden soll. Dieser Zweck wird durch die Einführung der actio iudicati und exceptio rei iudicatae vollständig erreicht. Der Usucapion bedarf es dazu gegen den Gegner nicht. Für Rechtsstreitigkeiten des Klägers mit dritten Personen aber ein Präjudiz zu schaffen, liegt nicht im Sinne der res iudicata als formellen Rechtes. Wenn man auch immerhin zugeben kann, daß das rechtskräftige condemnatorische Urtheil den Kläger in seiner bereits vorhandenen bona fides bestärken könne, so ist damit nicht die Benutzung desselben als Titels zuzugeben, indem es dadurch, daß es etwaige Zweifel beseitigt, noch nicht ohne weiteres selbst zum Titel wird. Den Titel könnte das Urtheil nur dann überflüssig machen, wenn sonst die bloße bona fides genügte, mithin nur zum Behufe der außerordentlichen Ersitzung. Zum Behufe der ordentlichen Ersitzung könnte das Urtheil nicht einmal als Putativtitel aufgefaßt werden, da jeder weiß, daß das Urtheil (abgesehen von der Adjudication) kein Erwerbsgeschäft ist; die entgegengesetzte Ansicht würde als ein nicht entschuldbarer Rechtsirrthum nicht zur Ersitzung führen können. Vangerow tritt der hier bekämpften Ansicht mit der Modification bei: daß der Sieger den besiegten Beklagten auch wirklich für den Eigenthümer gehalten habe[861]). Allerdings sind, wenn die res iudicata Ersitzungstitel sein soll, die allgemein von der Ersitzung geltenden Grundsätze anzuwenden. Bei anderen Ersitzungstiteln, als derivativen Erwerbsgründen, besteht die bona fides wesentlich in der Ueberzeugung von dem Eigenthum des auctor und sie setzen bei dem Ersitzenden die Absicht voraus, von dem auctor Eigenthum zu empfangen. Jedenfalls trifft die vorgeschlagene Modification nur die eine Seite eines Erwerbstitels, nicht auch die andere, daß der Geber der Sache das Eigenthum davon auf den Empfänger zu übertragen beabsichtigt. Sowenig aber letztere Absicht auf Seiten eines rechtskräftig Verurtheilten vorausgesetzt werden kann und darf, so schwierig ist hier die praktische Anwen-

---

860) Vangerow a. a. O. Siehe dagegen Stephan a. a. O. S. 364.
861) Vangerow a. a. O. Dagegen siehe Stephan a. a. O. S. 364 flg.

dung des ersteren Erfordernisses, der Absicht und Meinung, Eigenthum zu empfangen. Der Beklagte wäre hier als auctor des siegenden Klägers zu denken. Diesem würde nun eine Ersitzung der von jenem kraft des Urtheils erhaltenen Sache auf doppeltem Wege möglich sein. Entweder ist vorauszusetzen, daß er einen frivolen Rechtsstreit führte, weil er den Gegner, welchen er gerade für den Eigenthümer hält, angreift, und zur Belohnung seiner Frivolität hätte er nun in dem erlangten günstigen Urtheile das Mittel, das mit Bewußtsein unter dem Scheine des Rechtes durchgesetzte Unrecht in ein Recht zu verwandeln. Oder er ging redlich zu Werke, hielt sich für den Eigenthümer und siegte; dann würde er sich nun erst bei der Herausgabe der Sache einzubilden haben, daß sie nicht ihm, sondern dem Gegner gehöre — eine abenteuerliche Zumuthung. Oder endlich, es fiel ihm dies zufällig erst in dem letzteren Zeitpunkte ein. Dann würde wie im ersten Falle zu entscheiden sein. — Wenden wir uns hiernächst zu den Aussprüchen der Quellen, so kommt erstens eine Stelle in Betracht, welche ausspricht: Si iussu iudicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit [862]). Diese von Donellus für seine Ansicht angeführte Stelle sagt aber nicht, daß derjenige, welchem infolge eines Urtheils der Besitz restituirt war, aus diesem Titel eine Ersitzung beginnen, sondern daß er den bisherigen Besitz des Verurtheilten sich anrechnen dürfe. Man braucht nicht gerade an den Fall zu denken, wo der Pfandschuldner durch die actio pignoratitia directa die Rückgabe des Faustpfandes vom Pfandgläubiger erzwingt, da hier nicht eigentlich eine accessio possessionis, eine Zusammenrechnung der Besitzzeiten mehrerer Besitzer stattfindet, weil dieselbe Person, der Pfandschuldner, auch durch den Pfandgläubiger, als Stellvertreter den Usucapionsbesitz ausübte [863]), weshalb es denn auch nicht wieder zur Erlangung des körperlichen Besitzes von Seiten des Pfandschuldners bedarf, um sich auf die inzwischen abgelaufene Ersitzung berufen zu können [864]). Anders verhält es sich bei dem precarium [865]), wie in den Fällen eines widerruflichen (Eigenthums=) Erwerbes. Nach dem Aufhören der precären Verleihung muß der precario dans, nach dem Rückfalle des widerruflichen Eigenthumsrechtes an den Veräußerer, muß der Letztere zuvor den Besitz der Sache erlangt haben, um sich den Besitz des bisherigen Besitzers zu Gunsten seiner eigenen Ersitzung anrechnen zu können. Hierauf läßt sich ohne Zwang die obige wörtlich angeführte Stelle beziehen, zumal die kurz vorhergehenden §. 6. 7. solche Fälle berührten, nämlich den Rückfall der dos und des precarium. Sie sagt, es komme nichts darauf an, auf welchem von beiden Wegen die Restitution der zurückkehrenden Sache geschehe, ob freiwillig oder durch richterliche

862) L. 13. §. 9. D. 41. 2.
863) L. 1. §. 15. L. 36. D. 41. 2. L. 16. L. 33. §. 5. 6. D. 41. 3.
864) L. 13. §. 12. D. 41. 2.
865) L. 13. §. 7. D. 41. 2. L. 16. D. 44. 3.

Vermittelung. Eine zweite Stelle[866]) behandelt den Fall, wenn bei Auspfändung infolge der res iudicata (pignoris capio) Streit über das Eigenthum des Executionsobjectes entsteht. Der Richter, welcher die res iudicata vollstreckt, soll über das Eigenthum cognosciren und wenn das Resultat der Sacherörterung für das Eigenthum des Verurtheilten ausfällt, das Urtheil vollstrecken. Die cognitio soll aber nur summatim angestellt werden und der Ausspruch des exequirenden Richters soll dem Schuldner nicht präjudiciren, wenn ersterer sich für das Eigenthum des Dritten, der dasselbe in Anspruch nahm, und gegen das Eigenthum des Verurtheilten entschieden hatte; der Dritte, welchem infolge dessen die Sache restituirt ist, soll infolge jenes Ausspruches sich nicht auf die darin enthaltene Anerkennung seines Eigenthums berufen können, wenn gegen ihn iure ordinario geklagt werde. Hierauf folgen die Schlußworte: sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res iudicata proficiat. Diese Schlußworte hat Donellus von der Usucapion verstanden, während das wiederholt hervorgehobene Hauptmerkmal des erörterten Falles — Si rerum, quae pignoris iure captae sunt, eius, cuius nomine capta est — und im Folgenden — ubi controversia est de pignore, id dimitti debere et capi aliud — sowie der ganze Zusammenhang des Titels de re iudicata (42. 1.), wo hauptsächlich von der Execution rechtskräftiger Urtheile die Rede ist, es näher legten, an die pignoris capio zu denken. Stephan[867]) hält auf die Gefahr hin, der Verwechselung der pignoris capio und der usucapio, welche Unterholzner[868]) dem Donellus zur Last legt, beschuldigt zu werden, und ungeachtet der sehr scheinbaren Beziehung der capio auf die pignoris capio, die Annahme des Donellus, daß die capio auf den dem Vindicanten restituirten Besitz zu beziehen sei, für richtiger als die von Unterholzner und Arndts. Stephan hält es für unvereinbar mit dem Zusammenhange, die Schlußworte von der pignoris capio zu verstehen. Er sagt: diese Schlußworte zögen eine Folgerung aus den nächst vorhergehenden Sätzen. Es werde gesagt, das dem Vindicanten günstig ausgefallene Urtheil präjudicire dem Verpfänder (dem, in dessen Sachen die Execution geschieht) nicht, und der Vindicant, welchem die Sache restituirt wurde, könne sich gegen die nun etwa gegen ihn im ordentlichen Processe eingeleitete petitorische Klage nicht auf jene summarische Entscheidung berufen. Wer in diesem zweiten Rechtsstreite als Kläger vorausgesetzt wird, werde nicht gesagt. Es sei dabei entweder an die Vindication des Verpfänders oder an die hypothekarische Klage des Pfandgläubigers oder auch an beide zusammen zu denken. Weder das Eigenthum des Verpfänders, noch das Pfandrecht des Pfandgläubigers sei durch das frühere Urtheil anerkannt. Mithin habe der Sieger nur

866) L. 15. §. 4. D. 42. 1.

867) Stephan a. a. O. S. 369 flg.

868) Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 402.

den Vortheil, welchen ihm der Besitz, die Restitution der Sache verschafft, im übrigen werde an den bestehenden Rechtsverhältnissen nichts geändert. Hierauf bezögen sich jene Schlußworte. Stephan sucht ferner nachzuweisen, daß die andere Erklärung zu Ungereimtheiten führen würde. Wir können dessen weitere Ausführung darüber übergehen und uns nur dafür aussprechen, daß dem ganzen Zusammenhange der Stelle nach die Schlußworte nur auf die pignoris capio bezogen werden können. Es wäre schon sprachlich kaum zu rechtfertigen, daß, nachdem unmittelbar vorher mehrmals von der pignoris capio die Rede war, auch in der ganzen Stelle (L. 15. D. 42. 1.) nur von dieser gehandelt wird, der Jurist unter capio auf einmal sollte die usucapio verstanden haben. In jenen Schlußworten faßt Ulpian das, was er in dem Vorhergehenden ausgeführt hatte, kurz zusammen, und mag man ihn auch hier einer überflüssigen Wiederholung beschuldigen, so liegt doch jedenfalls ein Zusammenfassen des Resultates des früher Ausgeführten viel näher als eine Beziehung auf die usucapio, von welcher bisher gar nicht die Rede war. Auch in den Basiliken[869]) sind jene Schlußworte auf die pignoris capio bezogen worden, indem dieselben dort so wiedergegeben werden: *εἰς μόνην γὰρ λῆψιν ἐνεχύρων ἡ κρίσις αὕτη συμβάλλει.* Es ist dies um so wichtiger, als bekanntlich die Basiliken, soweit sie Digestenstellen enthalten, regelmäßig aus den Summen der Digesten des sog. Anonymus, identisch mit dem Novellenepitomator Julianus, entlehnt sind[870]), mithin hier ein Zeugniß vorliegt, daß auch die Zeitgenossen Justinian's selbst jene Schlußworte nur von der pignoris capio verstanden haben. Eine dritte Stelle[871]) nimmt eine iusta causa rücksichtlich der Publicianischen Klage an: si res ex causa iudicati tradita sit. Man kann, um diese für die hier bestrittene Ansicht jedenfalls am scheinbarsten sprechenden Stelle, auf welche sich namentlich Arndts und Vangerow stützen, zu beseitigen, der Erklärung Unterholzner's sich anschließen, es sei hierbei an eine actio Publiciana utilis adversus eum, contra quem iudicatum est, gedacht, eine Erklärung, zu welcher sich in einer anderen Stelle desselben Titels[872]) Veranlassung findet, wo es heißt, der Kläger, wenn er vom Gegner aufgefordert, sein Eigenthum beschwor, habe die Publicianische Klage, jedoch nur gegen den Gegner. Allein weit richtiger ist es, mit Pfeiffer[873]) diese Stelle auf eine persönliche Klage und Verurtheilung sowie die demgemäß solvendi causa geschehene Tradition zu beziehen, da Ulpian durch die bestimmte Hervorhebung der traditio ex causa iudicati den Gedanken

869) Basil. Lib. IX. Tit. 3. cap. 15. th. 5. (edit. Heimb. T. I. p. 455.)
870) Vergl. den Artikel Quellen des römischen Rechtes Bd. VIII, S. 815.
871) L. 3. §. 1. D. 6. 2.
872) L. 7. §. 7. D. 6. 2.
873) Pfeiffer a. a. O. S. 125. Schon Arndts a. a. O. S. 293 hat an die Möglichkeit derselben Erklärung gedacht.

an die Begründung des Usucapionstitels durch das Urtheil ausschließt, während er kurz darauf[874]) den Titel der Adjudication, bei welchem der Besitz nicht durch Tradition begründet zu sein braucht, in anderer Weise (si res adiudicata sit) bezeichnet. Auch haben die Compilatoren auf den titulus pro soluto selbst sehr deutlich durch die unmittelbar darauf eingeschobene L. 4. D. 6. 2. (vel solvendi causa) hingewiesen. Eine vierte Stelle[875]) spricht aus: Qui auctore iudice comparavit, bonae fidei possessor est. Es ist hier aber mit keinem Worte von Ersitzung die Rede. Nicht jede bonae fidei possessio ist ja Ersitzungsbesitz, sondern es können sich lediglich andere rechtliche Vortheile, z. B. hinsichtlich der Restitution der Früchte, an jene knüpfen, an welche hier gedacht sein kann. Wollte man aber auch die Stelle von einem Usucapionsbesitze verstehen, so kann man doch weit eher an einen Kauf unter öffentlicher Auctorität[876]) oder an eine missio in possessionem ex secundo decreto, als an einen titulus pro iudicato denken. Eine fünfte Stelle endlich[877]), auf welche Donellus und Vangerow die Schlußfolgerung gründen, daß das Urtheil Ersitzungstitel sein könne, weil ihm in dieser Stelle die Wirkung zugeschrieben werde, die nichtig gewesene Veräußerung eines Mündelgrundstückes zu einer giltigen zu machen, erklärt das Verbot der Veräußerung von Mündelgütern für nicht anwendbar, wenn das Eigenthum einer Sache dem Mündel aberkannt und infolge dessen vom Vormunde restituirt wird: nam et hic valebit alienatio propter rei iudicatae auctoritatem. Es kann hier nicht, wie Pfeiffer[878]) richtig bemerkt, angenommen werden, daß der Richter durch sein Urtheil die alienatio vorgenommen habe; diese ist vielmehr in der Restitution durch den Vormund zu suchen, welche propter rei iudicatae auctoritatem erzwungen werden, aber nicht das vom Richter schon als bestehend angenommene Eigenthum begründen kann. Der Ausdruck alienatio ist hier umsoweniger auffällig, als derselbe, namentlich bei dem Verbote der Veräußerung der Mündelgüter, im weitesten Umfange gebraucht wird.

c) Unbekanntschaft mit möglichen Ansprüchen. Soll die Redlichkeit des Besitzes eine Verjährung zum Nachtheile fremder Ansprüche rechtfertigen, so darf auch insbesondre der Besitzer von dem Dasein solcher Ansprüche keine Kenntniß haben. Die Erörterung über das innere Wesen dieses Erfordernisses führt zu folgenden Sätzen: I. die Redlichkeit des Besitzes wird durch eine, obgleich unrichtige Kenntniß

---

874) L. 7. D. 6. 2.

875) L. 136. D. 50. 17.

876) L. 11. D. 41. 2. L. 14. §. 1. D. 11. 7. Offenbar ist in L. 136. D. 50. 17., wenn sie vom Usucapionsbesitze spricht, nur an den titulus pro emtore gedacht. Vgl. L. 1. C. si in causa iudicati. (VIII. 22. (23.)) S. Danz a. a. O. S. 288 flg.

877) L. 3. §. 3. D. 27. 9.

878) Pfeiffer a. a. O. S. 125.

von rechtlichen Ansprüchen aufgehoben[879]); nur darf die Kunde nicht so unbegründet sein, daß überhaupt gar keine Ansprüche stattfinden; sonst ist von der Nothwendigkeit einer Verjährung gar nicht weiter die Rede, sondern es tritt vielmehr die Regel ein: plus in re est, quam in existimatione[880]). Namentlich muß der Beklagte 1) nicht von solchen Umständen wissen, welche ihn Eigenthumsansprüche erwarten lassen; er darf also nicht wissen, daß die Sache dem, von welchem er sie erwarb, gar nicht gehörte[881]); ferner darf er nicht wissen, daß dem, von welchem er seinen Besitz erhält, kein Veräußerungsrecht zustehe; er darf also nicht wissen, daß er von einem Geisteskranken gekauft hat[882]), oder daß derjenige, mit welchem er sich ohne Beitritt des Vormundes in einen Handel einließ, unmündig sei[883]), oder daß der Verkäufer durch obrigkeitliches Verbot in der Disposition über sein Vermögen beschränkt war, wie dies bei dem Verschwender und bei dem heres suspectus der Fall sein kann[884]). Hat man von einem Vormunde, Mandatar oder Pfandgläubiger erworben, so muß man sich über die Nichtigkeit oder Ungiltigkeit der angeblichen Vormundschaft, Vollmacht oder Pfandberechtigung in Unwissenheit befinden[885]) sowie über die vielleicht begangene Verletzung der Vollmacht[886]). Die Kenntniß davon, daß der, von welchem man eine Sache hat, sie blos infolge einer Schenkung unter Ehegatten besaß, stört die Redlichkeit des Besitzes nicht; der Erwerber kann sich doch als rechtmäßigen Besitzer betrachten, weil sich die Veräußerung, durch welche er erwirbt, als eine mit Willen des vermeintlichen Eigenthümers (des schenkenden Ehegatten) geschehene betrachten läßt[887]). 2) Will man sich durch redlichen Besitz gegen Pfandansprüche vertheidigen, so muß man noch insbesondre mit den Pfandansprüchen unbekannt gewesen sein, gegen welche man sich auf die Verjährung beruft. Dagegen steht der Ersitzung des Eigenthums die Kenntniß, daß die Sache, welche man erwirbt, mit einem Nießbrauche oder Pfandrechte belastet ist, nicht im Wege[888]). 3) Am wenigsten ist es störend, wenn man bei der Erwerbung zwar nicht ganz vorwurfsfrei gehandelt hat, aber doch so, daß man über die rechtliche Giltigkeit der Erwerbung nicht im Zweifel sein konnte[889]). 4) Die Redlichkeit des Besitzes leidet nicht, wenn der Irrthum nur darin besteht, daß man für einen Anderen den Ersitzungsbesitz zu erwerben glaubt, während man ihn für sich selbst erwirbt; z. B. wenn

879) L. 32. §. 1. D. 41. 3.
880) L. 9. §. 4. D. 22. 6.
881) L. 109. D. 50. 16. L. 27. D. 18. 1.
882) L. 2. §. 16. D. 41. 4. L. 13. §. 1. D. 5. 3.
883) L. 2. §. 15. D. 41. 4. L. 27. D. 18. 1. L. 9. C. VII. 26.
884) L. 12. D. 41. 3. L. 7. §. 5. D. 41. 4.
885) L. 109. D. 50. 16. L. 14. D. 41. 4. L. 27. D. 18. 1.
886) L. 7. §. 6. D. 41. 4.
887) L. 5. pr. D. 41. 7.
888) L. 43. §. 1. 2. D. 41. 2.
889) L. 8. D. 41. 4.

man noch in fremder Gewalt zu stehen glaubt, ohne zu wissen, daß man durch den Tod des Gewalthabers unabhängig geworden war[890]). 5) Ebenso ist es unschädlich, wenn man aus einem bedingten Rechtsgeschäfte erworben hat und nicht weiß, daß die Bedingung bereits eingetreten ist[891]). II. Die Redlichkeit des Besitzes setzt aber auch ein entschuldbares Nichtwissen voraus[892]). Ein Rechtsirrthum gilt wegen der vorausgesetzten Möglichkeit der Erkundigung in der Regel nicht als entschuldbar und hebt daher die zur Ersitzung erforderliche Redlichkeit auf; bei dem factischen Irrthum findet das Gegentheil statt. Daher ist die Ersitzung ausgeschlossen, wenn man von einem Unmündigen, dessen Alter man kannte, ohne Beitritt des Vormundes etwas erwirbt, indem man diesen Beitritt für entbehrlich hielt[893]) oder wenn der Tutor nur am Anfange des Geschäftes zugegen gewesen ist oder nachträglich eingewilligt hat, gesetzt auch, daß der Erwerbende das Geschäft für giltig hielt[894]). Im Gegentheil ist die Ersitzung statthaft, wenn man nicht wußte, daß man die Sache eines Dritten ohne dessen Wissen und Willen erwerbe[895]), oder das Alter des Unmündigen, mit welchem man sich ohne Beitritt des Vormundes in einen Handel einließ, nicht kannte[896]), oder wenn man von Jemandem etwas erworben hat, welchem die Obrigkeit die Veräußerung untersagt hatte, ohne daß man davon wußte[897]). In Fällen, wo der Rechtsirrthum entschuldbar ist, z. B. wo die in der Regel vorauszusetzende Möglichkeit der Erkundigung nicht vorhanden ist[898]), oder überhaupt bei controversen Rechtssätzen[899]), bei welchen selbst die eingezogene Erkundigung zu keinem sicheren Resultate führen würde, begründet die Rechtsunkunde keinen Mangel an Redlichkeit. Dasselbe gilt noch vielmehr bei den Personen, welchen überhaupt die Rechtsunkunde zu Gute gehalten wird. III. Streitig ist, ob derjenige, welcher an der Vollgiltigkeit seiner Erwerbung zweifelt, als ein redlicher Besitzer angesehen werden könne. Nicht zu leugnen ist, daß in einigen rechtlichen Beziehungen, wo es auf eine feststehende Ueberzeugung ankommt, wenn eine rechtliche Wirkung eintreten soll, ein zwei-

---

890) L. 44. §. 4. D. 41. 3.

891) L. 2. §. 2. D. 41. 4. Vgl. über diese Stelle Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 406—408.

892) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 408 flg. und Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 3, S. 369—377.

893) L. 2. §. 15. D. 41. 4.

894) L. 31. pr. D. 41. 3. Im heutigen Rechte, wo nach der richtigeren Ansicht die Form der römischen auctoritas tutoris nicht mehr zu beobachten ist, thut der erwähnte Fall der Redlichkeit des Besitzes keinen Eintrag.

895) L. 109. D. 50. 16.

896) L. 2. §. 15. D. 41. 4.

897) L. 12. D. 41. 3. L. 7. §. 5. D. 41. 4. L. 26. D. 18. 1.

898) L. 9. §. 3. D. 22. 6.

899) Savigny, System Bd. 3, S. 336—338, 375. Vgl. den Artikel Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 225 flg.

felndes Schwanken einem Nichtwissen gleich gilt[900]); aber dieses begründet noch keinen Schluß auf die Bestimmung des Begriffes einer redlichen Besitzerwerbung. Nach der Natur der Sache muß man das Gewicht der Zweifelsgründe in Betracht ziehen. Ganz unbegründete, nur von ängstlicher Besorgniß eingegebene Zweifel stören natürlich die Redlichkeit des Besitzes nicht. Wer aber durch die Umstände hinreichend veranlaßt war, einen Mangel bei seiner Erwerbung zu vermuthen, der ist als unredlicher Besitzer zu betrachten, wenn er aus Leichtsinn diese Verdachtsgründe nicht beachtet hat, weil hier die Unwissenheit eine unverzeihliche sein würde. Auch wird es nach einer Gesetzstelle[901]) geradezu als eine unredliche Erwerbung betrachtet, wenn man, auf die von Seiten des Berechtigten ergangene Abmahnung nicht achtend, eine Sache erwirbt. — Ist der Erwerber für einen Theil seines Besitzes wegen möglicher Anfechtung unbesorgt, aber in Ansehung eines anderen Theiles mit den zu besorgenden Ansprüchen nicht unbekannt, so kann er die Vortheile des redlichen Besitzes wenigstens theilweise genießen, also den Theil, dessen Besitz er für unanfechtbar hielt, ersitzen. Der Besitzer muß sich aber auch deutlich bewußt sein, inwiefern er seinen Besitz für völlig gesichert halte. Gleichgiltig ist es, ob der Theil, in Ansehung dessen er demgemäß als redlicher Besitzer erscheint, ein materieller oder idealer Theil ist[902]). — Die Unbekanntschaft mit der Unrechtmäßigkeit des erworbenen Besitzes muß 1) hauptsächlich zur Zeit der Erwerbung des Besitzes vorhanden sein, auf welchen Zeitpunkt überhaupt, wie früher bemerkt wurde, nach römischem Rechte es hinsichtlich der Redlichkeit des Besitzes ankommt; 2) nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes muß die erwähnte Unwissenheit während der ganzen Verjährungszeit fortgedauert haben. 3) Bei Besitzerwerbungen auf Grund eines Kaufes muß die Unwissenheit nicht blos zur Zeit der Besitzerwerbung, sondern auch zur Zeit des abgeschlossenen Kaufes vorhanden gewesen sein[903]). In den Fällen, wo der Erblasser die Sache gekauft hat, die Uebergabe aber erst an den Erben erfolgt ist, müssen hiernach sowohl der Erblasser als der Erbe sich in redlicher Meinung befunden haben, wenn ein redlicher Besitz begründet werden soll[904]). — Ist insbesondre der Besitz, auf dessen Redlichkeit oder Unredlichkeit es ankommt, durch Mittelspersonen erworben, so kommt es, der Regel nach, nicht auf die Bekanntschaft der Mittelsperson mit den zu erwartenden Anfechtungen des Besitzes an, sondern es ist vielmehr die Person dessen, welchem der redliche Besitz zu statten kommen soll, in Betracht zu ziehen. Darin liegt auch der wahre Grund, weshalb ein durch Stellvertreter erworbener Besitz die Wirkung der Ersitzung erst dadurch erhält, daß der, für wel-

900) Z. B. L. 76. D. 50. 17. L. 13. §. 1. D. 29. 2. L. ult. C. IV. 5.
901) L. 17. C. III. 32.
902) L. 4. L. 6. §. 1. D. 41. 4. L. 43. pr. D. 41. 3.
903) L. 2. D. 41. 4. Vgl. L. 48. D. 41. 3.
904) L. 43. pr. D. 41. 3.

chen der Besitz erworben wird, von der wirklich erfolgten Besitzergreifung unterrichtet wird[905]). Die hier aufgestellte Regel erleidet folgende Ausnahmen: 1) wenn Sclaven oder Kinder unter väterlicher Gewalt eine Besitzerwerbung gemacht, dabei aber nicht unmittelbar für den Herrn oder Vater, sondern für ihr Peculium gehandelt haben. Diese Eigenthümlichkeit hängt damit zusammen, daß solche abhängige Personen bei Besitzerwerbungen für das Peculium gewissermaßen selbstständig sind und ohne Wissen des Herrn oder Vaters Erwerbungen machen können[906]). Hat jedoch der Gewalthaber zufällig von der Erwerbung Wissenschaft, so muß er auch selbst in redlicher Meinung sich befinden; erhält er aber später den unmittelbaren Besitz einer für das Peculium erworbenen Sache, so ist die redliche oder unredliche Meinung desselben auf die Beschaffenheit des Besitzes nach römischem Rechte ohne Einfluß[907]), während dies nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes über die mala fides superveniens allerdings heutzutage eine Modification erleidet. Die eben erwähnte Ausnahme ist insbesondre auch dadurch von Einfluß, daß in deren Folge auch für Kinder und Wahnsinnige eine Ersitzung beginnen kann; so auch, wenn eine Erbschaft im Zustande der Erledigung sich befindet, weil ein postumus erwartet wird oder der Erbe eine Erklärung über den Antritt noch nicht abgegeben hat[908]). Auf diese Weise kann auch während der Kriegsgefangenschaft des Herrn eines Vermögens eine Ersitzung beginnen. Es bleibt dann für das erste zweifelhaft, wem diese Ersitzung zu statten komme (in pendenti est usucapio). Kehrt der Gefangene zurück, so kommt vermöge des ius postliminii ihm die Ersitzung zu Gute. Stirbt er in der Gefangenschaft, so wird infolge der lex Cornelia sein Ableben im Moment der Gefangenschaft fingirt, und so kommt die Frucht der Erwerbung entweder an die Erben oder an den Erwerbenden selbst, wenn dieser nicht Sclave, sondern ein Kind vom Hause gewesen ist[909]). Was wegen der Gefangenen bemerkt ist, fällt heutzutage weg. 2) Eine fernere Ausnahme tritt ein in den Fällen, wo man den Besitz durch Personen erwirbt, welche in keiner Gewalt stehen; wo es aber dennoch auf den Willen dessen, welchem der Besitz erworben wird, nicht ankommt; also für die Besitzerwerbungen durch Vormünder willenloser Personen und für die Besitzerwerbungen durch die Geschäftsführer der juristischen Personen.

D) **Unterbrechung der Verjährung**[910]). AA) Im all-

---

905) L. 17. D. 41. 3. L. 49. §. 2. D. 41. 2. L. 1. C. VII. 32.

906) L. 1. §. 5. L. 4. D. 41. 2. L. 3. §. 12. L. 24. L. 44. §. 1. D. eod.

907) L. 2. §. 10—14. L. 7. §. 8. D. 41. 4. L. 8. pr. L. 31. §. 3. L. 43. §. 1. L. 47. D. 41. 3. Vgl. über L. 43. §. 1. D. 41. 3. **Unterholzner** a. a. O. Bd. 1, S. 419.

908) L. 28. D. 41. 3. L. 1. §. 5. D. 41. 2. L. 29. D. 49. 15.

909) L. 22. §. 3. L. 29. D. 49. 15. L. 15. pr. L. 44. §. 7. D. 41. 3.

910) Die besonderen Schriften über diesen Gegenstand sind angeführt in

gemeinen. Die Unterbrechung der Verjährung kann auf verschiedene Weise stattfinden, theils so, daß eine Verjährung für immer unstatthaft wird, theils so, daß sie wenigstens wieder von neuem anfangen muß und dann vielleicht den Ablauf eines noch längeren Zeitraumes erfordert, theils endlich so, daß sie nur eine Zeit lang ruht und dann wieder an die frühere Verjährungszeit sich anknüpft. Die Gründe der Unterbrechung sind größtentheils besonders zu behandeln. Solche Gründe sind 1) die Erhebung eines gerichtlichen Anspruches; 2) eine förmliche Protestation; 3) eine bei dem Regenten nachgesuchte und von diesem bewilligte Fristerstreckung; 4) die Unterbrechung des Besitzes, welche aber nur bei den Verjährungsarten, welche einen Besitz oder Quasibesitz voraussetzen, von Einfluß ist. Außerdem ist hier zu bemerken: 1) die Verjährung wird unterbrochen, wenn das Recht oder der Anspruch, gegen welche die Verjährung gerichtet ist, an eine Person gelangt, welche in Ansehung der Verjährung besondere Vorrechte genießt, wie an Unmündige, Kirchen oder milde Stiftungen, den Fiscus u. s. w. Es wird vorausgesetzt, daß das Recht oder der Anspruch vollständig, nicht blos rücksichtlich der Ausübung auf die begünstigte Person übergegangen ist. 2) Wenn Hindernisse eintreten, welche der Ausübung oder gerichtlichen Verfolgung des durch die Verjährung gefährdeten Rechtes im Wege stehen, so muß in den Fällen, wo die Verjährungszeit nicht als tempus continuum, sondern als tempus utile berechnet wird, auf solche Hindernisse Rücksicht genommen werden, so daß also gewissermaßen der Lauf der Verjährung unterbrochen wird. Wo die Verjährungszeit tempus continuum ist, werden im römischen Rechte keine solchen Rücksichten genommen. Es erfolgt also bei dieser keine Unterbrechung, wenn aus Gründen, welche nicht rechtlicher Natur sind, die Rechtsverfolgung gehindert wird, da hier nicht einmal der Anfang der Verjährung nach dem früher Bemerkten aufgehalten wird. Die anscheinende Härte wird durch die Möglichkeit der in integrum restitutio gemildert. Als Ausnahme ist zu bemerken, daß nach kanonischem Rechte eine zum Nachtheile der mit einem Bischofssitze verknüpften Rechte und Ansprüche laufende Verjährung während der Zeit der Erledigung des Bischofssitzes allerdings gehemmt wird[911]). Inwiefern das tempus hostilitatis von Einfluß auf Sistirung der Verjährung sei, ist früher bereits erörtert worden. Ob andere außerordentliche Ereignisse, welche einen Stillstand der Gerichte bewirken,

---

Lipenius, Bibl. iurid. v. praescriptionis impedimenta und usurpatio (T. II. p. 197. 467.) und in den Supplem. T. I. p. 395. 498. T. II. p. 329. Ueber die ganze Lehre vergleiche Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 122—135, S. 434—487. Einzelne Fragen behandeln Huschke, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. II, S. 145 flg., 150 flg. Schöffer, ebd. N. F. Bd. VIII, S. 276 flg. Ahrens, ebd. N. F. Bd. XII, S. 319 flg. Die Klagenverjährung betrifft Pfotenhauer, über die Unterbrechung der Klagenverjährung. Leipzig 1843. Andere Schriften werden am geeigneten Orte angeführt werden.

911) Cap. 15. X. II. 26.

eine Sistirung der Verjährung herbeiführen, kann bezweifelt werden, da hier der Berechtigte sich immer durch eine Protestation gegen die Verjährung schützen kann. Landesherrliche Moratorien sistiren während der Zeit, auf welche das Moratorium ertheilt ist, wenigstens die Verjährung persönlicher Klagen. Nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes unterbricht die mala fides nach den früheren Erörterungen jede Verjährung, welche einen Besitz oder Quasibesitz voraussetzt, sowie die Verjährung derjenigen persönlichen Klagen, welche auf Restitution einer dem Kläger eigenthümlich gehörigen Sache gerichtet sind. BB) **Störung der Verjährung durch gerichtliche Verfolgung des Anspruches**[912]). Eine Unterbrechung der Verjährung tritt zwar nicht bei allen, aber doch bei den meisten Arten derselben als Folge der gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtes ein. Das römische Recht verlangt in dieser Beziehung, daß die litis contestatio erfolgt sei, wenn die Verjährung unterbrochen werden soll[913]), was jedoch schon im neueren römischen Rechte nach dem später zu Bemerkenden geändert ist. Das römische Recht kennt zwei besondere durch die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens begründete Verjährungsarten, die **Proceßverjährung** und die **Verjährung der Litispendenz**. 1) **Proceßverjährung**. Sowie für die prätorischen Temporalklagen schon ursprünglich das dare actionem an eine bestimmte Zeit gebunden war, ebenso lag es in der Organisation der rechtsprechenden Magistratur, daß bei den iudicia, quae imperio continentur, die Wirksamkeit der formula und des dadurch angeordneten iudicium nur so lange dauerte, als die Amtsgewalt des anordnenden Magistrates, daher solche iudicia, wenn sie gleich bei dem Anfange der Magistratur angeordnet waren und dem iudex keine kürzere Zeit zur Beendigung der Sache bestimmt war[914]), höchstens ein Jahr dauerten, aber auch ohne alle Bestimmung von Seiten des rechtsprechenden Magistrates nur kürzere Zeit währen konnten, wenn in einem späteren Zeitpunkte der Amtsdauer des Magistrates die formula ertheilt war[915]), diese beschränkte Dauer des iudicium war die ursprüngliche Art der Proceßverjährung. Sie wird mit verschiedenen Ausdrücken bezeichnet[916]). Bei den legitima iudicia, deren Giltigkeit und Rechts-

---

912) Schuette, de praescriptione litispendentiae. Gott. 1784. Linde, Beiträge zur Lehre über die Verjährung des Processes und der Litispendenz, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. II, S. 153 flg., 173 flg.

913) Die hierauf bezüglichen Stellen betreffen: 1) die Temporalklagen. L. 8. §. 1. fin. D. 27. 7. Vgl. L. 9. §. 3. D. 12. 2. L. 29. D. 46. 2. L. 1. §. 2. D. 2. 12. L. 28. §. 4. D. 5. 1. L. 24. pr. D. 40. 12. 2) Die longi temporis praescriptio betreffen L. 10. C. VII. 33. L. 26. C. III. 32. Rücksichtlich der praescriptio XXX vel XL annorum soll nach der Behauptung Einiger schon die Anstellung der Klage zur Unterbrechung genügen. Die dafür angeführten Stellen (L. 3. 7. pr. C. VII. 39.) sprechen aber nicht deutlich genug, um eine Abweichung von der Regel annehmen zu können.

914) L. 2. §. 2. L. 32. D. 5. 1. L. 13. §. 1. D. 2. 1. L. 15. D. 42. 1.

915) Keller, über Litiscontestation und Urtheil §. 15, 16.

916) Vgl. Gai. Inst. Comm. IV. §. 104. L. 2. D. 44. 3. L. 3. §. 1.

beständigkeit nicht auf der Amtsgewalt des die formula erlassenden Magistrates beruhte, kam deshalb ursprünglich keine Zeit, an deren Ablauf die Giltigkeit des iudicium gebunden gewesen wäre, vor. Für diese wurde aber später durch die lex Iulia iudiciaria ein Zeitraum von 1 Jahr 6 Monaten bestimmt, nach dessen Ablauf sie erlöschen sollten[917]). Der Grundsatz: e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori wird auch in den Digesten als noch geltendes Recht in mehrfacher Beziehung angeführt[918]), und jener Zeitraum ist auch oft unter tempus legitimum gemeint[919]). Wie lange sich diese Einrichtung im allgemeinen erhalten habe, ist unbekannt. Mehrere Verordnungen bestimmten das tempus legitimum für den ganzen Proceß, wenigstens in Bezug auf bestimmte Proceßgegenstände besonders, und manche dieser Bestimmungen galten zu Justinian's Zeit noch und wurden in einer allgemeineren hierher gehörigen Verordnung[920]) beibehalten. Zu jenen Fällen gehören folgende: a) Constantin bestimmte im Jahre 319, daß der Proceß über die actio de dolo in zwei Jahren beendigt sein sollte: geschieht dies nicht, so konnte der Proceß nicht fortgesetzt werden[921]). b) Derselbe Kaiser verordnete im Jahre 320, daß die Processe, in welchen der Fiscus als Kläger oder Beklagter auftritt, in einem Jahre beendigt sein sollten[922]). c) Gratian, Valentinian II. und Theodosius I. bestimmten in den Jahren 383 und 385, daß die Processe des Fiscus bei jedem Richter, mit wenigen Ausnahmen, unbedingt in zwei Monaten, wenn die Processe in derselben Provinz, in vier Monaten, wenn sie in einer benachbarten Provinz, in sechs Monaten, wenn sie in einer provincia transmarina geführt würden, beendigt sein sollen[923]). d) Causae naufragiorum sollen nach einer Verordnung von Valentinian I., Valens und Gratian von 372 in einem Jahre[924]), nach einer von Honorius und Theodosius II. in zwei Jahren beendigt sein[925]). Die ersten Spuren einer umfassenderen Erweiterung der Zeitfristen der lex Iulia finden sich in einer Verordnung von Theodosius II., welche nicht nur die praescriptio XXX vel XL annorum erweitert, sondern auch in Bezug auf die Proceßverjährung verordnet, daß durch die Litiscontestation die 30jährige Verjährung unterbrochen, aber, wenn die Parteien den Proceß ruhen ließen, wieder eine neue 30jährige Verjährung

---

D. 42. 8. L. 30. §. 1. D. 9. 2. L. 8. §. 1. D. 46. 8. L. 18. §. 4. D. 4. 3. L. 2. D. 46. 7. L. 13. §. 5. C. III 1.

917) Die genaueste Nachricht darüber giebt Gai. Inst. Comm. IV. §. 103—105.

918) Vgl. die Stellen in Note 914 und 916 und L. 15. §. 2. D. 48. 16.

919) L. 32. D. 5. 1. L. 18. §. 4. D. 4. 3.

920) L. 13. §. 1. C. III. 1.

921) L. 1. Th. C. II. 15. Vgl. L. 8. C. de dolo malo. (II. 20. (21.))

922) L. 4. Th. C. X. 1.

923) L. 41. Th. C. XI. 30. L. 13. Th. C. X. 1.

924) L. 1. Th. C. XIII. 9. L. 2. C. de naufragiis (XI. 5.).

925) L. 6. Th. C. XIII. 9. L. 5. C. de naufragiis.

beginnen solle[926]). Diese Verordnung enthält zwar keine Bestimmung über die rechtlich mögliche Dauer eines Rechtsstreites, sondern blos darüber, wie lange die Unterbrechung des processualischen Verfahrens nicht dauern dürfe; es erhellt aber doch daraus, daß zur Zeit des erwähnten Gesetzgebers die Zeitfrist der lex Iulia nicht mehr in Uebung und die Dauer des Rechtsstreites überhaupt an keine Zeit gebunden war. Hieran schließt sich ferner eine Verordnung Valentinian's III. von 452, nach welcher alle Klagen binnen 30 Jahren nicht blos angestellt, sondern binnen dieser Zeit auch beendigt werden sollen, wovon einige speciell bezeichnete Ausnahmen eintreten[927]). Daneben ist jedoch bestimmt, daß, wenn der Proceß nach adirter Klage und geleisteter Caution nicht binnen vier Monaten entschieden worden wäre, der Beklagte von der Instanz entbunden und ihm vom Kläger die Kosten ersetzt werden sollen, wofern der Richter während dieser Zeit nur andere Processe entschieden habe. Für das neuere römische Recht ist eine Constitution Justinian's von 530 wichtig[928]). Hiernach wird für alle, nicht besonders ausgenommene, Civilprocesse in erster Instanz die längste Dauer auf drei Jahre bestimmt. Das Gesetz giebt nicht blos eine Anleitung, wie der Verzögerung des Klägers sowohl, als der des Beklagten und der der Anwälte kräftig entgegengetreten werden kann und unterstützt den richterlichen Ernst mit dem gehörigen Nachdruck, eröffnet auch dem Richter die Möglichkeit, in jedem Falle auf das Betreiben eines Theiles den Ausgang der Sache zu bewirken, sondern ist auch strenge gegen den nachlässigen Richter selbst; berücksichtigt endlich auch die Fälle, wo eine Partei durch Nachlässigkeit ihrer nothwendigen und freiwilligen Vertreter, wodurch gleichfalls die Entscheidung nicht aufgehalten werden soll, in Schaden gekommen ist, sowie den Fall, wo auf Seite des Gerichtes eine unabwendbare Stockung des Geschäftsganges eintritt. Dennoch enthält dieses Gesetz durchaus keine sichere Garantie dafür, daß nun auch kein Rechtsstreit länger als drei Jahre dauern werde, weil der Fall, wo beide Parteien den Fortgang der Sache nicht betrieben, nicht berücksichtigt war. Für diesen Fall trat keine Verjährung des Processes in dem Sinne, wie solches im älteren Rechte bei dem Ablaufe des legitimum tempus der Fall war, ein. 2) Verjährung der Litispendenz. Die Proceßverjährung besteht darin, daß mit dem Ablaufe einer bestimmten Zeit das ganze processualische Verfahren beendigt sein muß. Verschieden davon ist die mit dem Namen der Verjährung der Litispendenz bezeichnete Verjährung, deren Wesen darin besteht, daß, wenn eine bestimmte Zeit hindurch der Rechtsstreit ruhen bleibt, derselbe nun wider den Willen des einen Theiles vom andern nicht wieder aufgenommen und fortgeführt werden darf. Diese praescriptio litis pendentiae

926) L. un. Th. C. IV. 14.
927) Nov. Valentinian. III. Tit. XXXIV. ed. Haenel.
928) L. 13. C. III. 1.

setzt eine eigentliche Proceßverjährung nicht voraus; beide Institute können aber neben einander bestehen und haben im römischen Rechte neben einander bestanden. Eine Zeit für die Verjährung der Litispendenz enthält schon die Verordnung von Theodosius II. von 424[929]), nach welcher ein Proceß, welchen die Parteien 30 Jahre hatten ruhen lassen, nicht wieder aufgenommen werden soll. Diese Grundsätze waren zur Zeit Justinian's in Uebung und dieser nahm das Institut in seine Gesetzgebung auf, mit der Abänderung, daß er den 30jährigen Zeitraum auf einen 40jährigen erweiterte[930]). Was die Klagen betrifft, auf welche die Justinianeische Proceßverjährung Anwendung leidet, so hat man behauptet, es sei darauf zu sehen, ob die dem Rechtsstreite zum Grunde liegende Klage überhaupt verjährbar sei, oder nicht. Im letzteren Falle trete gar keine Proceßverjährung ein. Im ersten Falle sei zu unterscheiden erstens, ob die Klage einer 30jährigen Verjährung unterliege, welchenfalls durch Erhebung des Rechtsstreites die Verjährung unterbrochen werde, doch so, daß von der Zeit der letzten gerichtlichen Handlung an die 40jährige Verjährung beginne; zweitens, ob die Klage der 40jährigen Verjährung unterworfen sei, welchenfalls die Proceßverjährung von 40 Jahren eintrete; drittens, ob die longi temporis praescriptio oder eine der besonderen Verjährungsfristen, an welche schon vor der durchgreifenden Theodosischen Verjährung manche Klagen gebunden waren, durch Klagerhebung unterbrochen worden sei; dann soll die Proceßverjährung schon in 30 Jahren eintreten[931]). Sämmtliche Unterscheidungen sind nicht zu rechtfertigen. Sie beruhen auf der Voraussetzung, Justinian habe nur den Fall, wo die angestellte Klage in 30 Jahren verjähre, entscheiden wollen und wirklich nur entschieden; auch hat man die Verordnung lediglich auf den Fall bezogen, wo die praescriptio XXX annorum nur gegen persönliche Ansprüche gerichtet sei[932]). Diese Voraussetzung ist aber ungegründet. Justinian spricht zwar ausdrücklich von Fällen, in welchen dem 30 Jahre seit der letzten cognitio liegen gebliebenen Processe die Einrede der 30jährigen Verjährung entgegengesetzt worden war, und bemerkt, daß diese Einrede mit Recht für wirksam geachtet worden sei. Auch bemerkt er, er wolle darin eine Abänderung treffen, daß an die Stelle der 30jährigen Proceßverjährung eine 40jährige treten solle und hat also ohne Zweifel einen älteren bestehenden Rechtssatz verbessern wollen. Das ältere Rechtsinstitut, wel-

929) L. un. Th. C. IV. 14.

930) L. 9. C. VII. 39. L. 1. C. VII. 40.

931) Cuiacius, Obs. Lib. XVIII. cap. 29. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 445—447.

932) Dies wird auf die Worte der L. 9. C. VII. 39. gestützt: sed licet personalis actio ab initio non fuerit instituta, eam tamen in quadragesimum annum extendimus. Damit soll aber nur gesagt werden, es solle sogar ein blos persönlicher Anspruch infolge einer solchen Unterbrechung 40 Jahre dauern. Unterholzner a. a. O. S. 446, N. 433.

ches er verbessern wollte, ist kein anderes, als das durch Theodosius II. im Jahre 424 eingeführte; nämlich die L. un. Th. C. IV. 14. Diese Constitution läßt sich nur mit Rücksicht auf das ältere Recht richtig verstehen. In der älteren Zeit wurde jede actio, sowohl die perpetua, als die temporalis, durch die Litiscontestation perpetuirt, so daß nicht mehr die actio, sondern nur die lis von da an durch Zeitablauf untergehen konnte. Zur Zeit Theodosius II. war das legitimum tempus der alten Proceßverjährung nicht mehr in Uebung. Dieser Kaiser bestimmte nun, daß, wenn auch eine Klage wirklich erhoben worden sei, das Klagrecht durch 30jähriges Ruhen des Rechtsstreites erlöschen solle. Diese Frist für Verjährung der Klagrechte war eigentlich eine Proceßverjährungsfrist. Diese 30jährige Proceßverjährungsfrist wurde aber, worauf es hier hauptsächlich ankommt, nicht als ein Institut angesehen, bei dessen Anwendbarkeit die Dauer der zum Grunde liegenden Klage berücksichtigt werden sollte; sondern das Institut sollte nach der ganzen Fassung der Constitution, ohne Rücksicht auf die materielle Beschaffenheit der zum Grunde liegenden Klage, in allen Processen zur Anwendung kommen. Valentinian III. änderte diese Bestimmung im Jahre 452 noch dahin, daß alle Klagen binnen 30 Jahren nicht blos angestellt, sondern auch der Proceß binnen dieser Zeit beendigt werden sollte. Zu Justinian's Zeit aber wurde nicht diese, sondern lediglich die Theodosische Verordnung befolgt[933]). Justinian wollte nun durch die in der letzten Note angeführte Verordnung die 30jährige Proceßverjährungsfrist aufheben und an deren Stelle eine 40jährige setzen, und nahm daher auch die Theodosische Verordnung, nur mit Weglassung des Theiles derselben, welcher sich auf die Proceßverjährung bezog, auf, weil dieser durch Justinian's neuere Vorschriften entbehrlich geworden war. Justinian hat bei dieser Proceßverjährung nicht einer Verschiedenheit der Klagen rücksichtlich ihrer Dauer erwähnt, auch nirgends bestimmt, daß das verbesserte Institut nur bei Processen angewendet werde, denen eine in 30 Jahren verjährbare Klage zum Grunde liege. Es ist daher auch für das Justinianeische Recht als Grundsatz aufzustellen, daß in allen Civilprocessen der Proceß erst in 40 Jahren verjähre, ohne Rücksicht auf die Dauer der dem Processe zum Grunde liegenden Klage. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes ergiebt sich auch aus einer späteren Verordnung dieses Kaisers[934]). — Was die Voraussetzungen der Verjährung der Litispendenz rücksichtlich der Sachlage betrifft, so hat man die Frage aufgeworfen, ob diese Verjährung nur bei unvollendeten oder auch bei spruchreifen Sachen eintrete, und hat die L. 9. C. VII. 39. deshalb nur auf unvollendete Sachen beschränkt, weil der Gesetzgeber es wohl nicht als möglich gedacht habe, daß Parteien und Richter eine spruchreife Sache 40 Jahre lang liegen

933) Dies ergiebt sich aus L. 9. C. VII. 39.
934) L. 1. C. VII. 40.

lassen würden[935]). Dieser Grund entscheidet aber gar nichts, indem Justinian in der erwähnten Verordnung selbst anerkennt, daß die Gründe, weshalb ein Proceß nicht betrieben oder nicht entschieden werde, sich nicht alle bedenken lassen und die vom Kaiser beispielsweise aufgeführten ebensogut bei einer spruchreifen, als bei einer unvollendeten Sache denkbar sind. Beide auf dieses Institut sich beziehenden Verordnungen des Kaisers sprechen allgemein und bestimmen, daß die Präscription der Litispendenz in jedem Processe stattfinden könne, und bedingen deren Möglichkeit nur dadurch, daß der Proceß wirklich begonnen hat. Ob die Litiscontestation vorgenommen sein müsse, um die Möglichkeit des Anfanges der 40jährigen Proceßverjährung zu begründen, ist streitig[936]). Neuere Processualisten lassen die Möglichkeit schon mit der Insinuation der Klage eintreten. Dafür läßt sich insbesondre praktisch geltend machen, daß, wenn man die Litiscontestation voraussetzen wollte, sehr leicht über eine Klage 40 Jahre oder noch länger Proceß geführt werden und dieser darauf 100 Jahre und noch länger liegen bleiben darf, ohne daß die Präscription der Litispendenz eingetreten wäre. Man denke nur den Fall, wo der Kläger gegen das Ende des letzten Jahres, mit dessen Ablauf die Verjährungszeit beendigt wäre, die Klage anstellt, darüber auch sogleich Verhandlung eingeleitet, vom Beklagten aber Einreden gegen die Zuständigkeit des Gerichtes vorgeschützt werden, mit denen er die Litiscontestation nicht zu verbinden braucht, sondern erst Entscheidung erwarten darf[937]). Leicht ist es möglich, daß über diese Einreden erst nach Ablauf eines Jahres entschieden wird. Würden sie nun auch für unbegründet erachtet und der Beklagte zur Einlassung angewiesen, so würde er nach der gedachten Ansicht immer noch mit der Einrede gehört werden müssen, daß jetzt, also während des anhängigen und fleißig betriebenen Processes, die Klage verjährt sei, weil, wenn sie auch noch zeitig angestellt und ihm, dem Beklagten, mitgetheilt, doch die Litiscontestation nicht vor Ablauf der Verjährungszeit erfolgt sei und nun erst nach Ablauf dieser Zeit erfolgen könne. Ebenso verhält es sich mit der Litispendenz. Im angegebenen Falle könnte der Proceß über die exceptiones fori declinatoriae 100 Jahre geruht haben und dennoch wäre die Litispendenz nicht verjährt, weil es dem ruhenden Processe an der Litiscontestation fehlte. Wir können uns sonach nur der Ansicht anschließen, daß die Möglichkeit des Eintrittes der Verjährung der Litispendenz nicht mehr voraussetze, als Insinuation der Klage. Zur Wirklichkeit des Eintrittes derselben Verjährung gehört, daß der Proceß 40 Jahre geruht habe, und zwar von der letzten Handlung, welche in der Sache vor Gericht vorgenommen wurde, gerechnet. Nach

935) Rohmer, Samml. merkw. Entscheid. des OAGerichtes zu Wiesbaden Bd. 2, S. 329, §. 14. Siehe dagegen Lindea a. O. S. 172 flg.
936) Vgl. den Artikel Litiscontestation Bd. VI, S. 708.
937) J. RA. §. 40.

den einschlagenden Worten der betreffenden Verordnungen ist anzunehmen, daß diese Verjährung laufe entweder von der Zeit der letzten richterlichen Verfügung oder von der Zeit an, wo beide Theile gänzlich geschwiegen haben. Die meisten Parteihandlungen begleitet freilich eine richterliche Thätigkeit, bald leitend, bald beurkundend, besonders wenn die Partei mündlich handelt; und selbst bei schriftlichen Eingaben folgt nach der Thätigkeit der Parteien ordnungsmäßig noch eine gerichtliche, sollte sie auch nur in der Bemerkung des Präsentatum bestehen; aber abgesehen davon, daß dieses nicht immer eine Verfügung ist, so kann der Richter jene ordnungsmäßige Thätigkeit auch versäumt haben, so daß die letzte Thätigkeit wirklich von einer Partei ausging und von dieser an gerechnet werden muß. Die 40jährige Verjährung der Litispendenz wird nicht blos nicht durch die Spruchreife, sondern nicht einmal durch die rechtskräftige definitive Entscheidung der Sache ausgeschlossen, d. h. der Antrag auf Execution darf ebenfalls innerhalb 40 Jahren von der letzten Handlung, welche vom Gericht oder von den Parteien ausging, wirksam gestellt werden. Es ist behauptet worden[938]), daß nach der rechtskräftigen Verurtheilung die 40 Jahre nicht mehr zur Anwendung zu bringen seien, sondern nur 30 Jahre. Dafür wird geltend gemacht, daß das rechtskräftige Urtheil der Sache nach eine wahre Novation enthalte, da es sogar den ursprünglichen Anspruch ganz umbilden könne und auch geradezu den Namen novatio führe. Es sei daher die ursprüngliche Klage, von deren modificirter Verjährung etwa die Rede sein könnte, gar nicht mehr vorhanden, sondern eine neue Klage aus dem Urtheil entstanden, welche, wie jede andere Klage, der gewöhnlichen Verjährung unterliege. Zu demselben Erfolge führe folgende, mehr praktische Betrachtung. So lange die Sache liegen blieb, habe der Kläger dadurch entschuldigt werden können, daß er über der Beendigung derselben ermüdete und daran verzweifelte. Wenn aber alles zu seinem Vortheile klar entschieden sei, falle diese Entschuldigung gänzlich hinweg. Es kann zugegeben werden, daß Justinian bei seinen Verordnungen nicht an den Fall gedacht hat, daß nach rechtskräftiger Verurtheilung die Sache liegen bleibt, indem er vielmehr davon ausgegangen ist, daß eine rechtskräftige Verurtheilung noch nicht erfolgt sei, wie aus den Anfangsworten der L. 9. C. VII. 39. hervorgeht: Saepe quidam suos obnoxios in iudicium vocantes, et iudiciariis certaminibus ventilatis, non ad certum finem lites perducebant etc. Dennoch halten wir die Meinung, daß auch nach der rechtskräftigen Verurtheilung die 40 Jahre anwendbar seien, für richtiger. Wenn auch nach römischem Rechte aus dem rechtskräftigen Urtheile die actio iudicati entsteht, so ist doch heutzutage nur ein einfacher Antrag auf Execution üblich und vertritt ganz die Stelle der römischen actio iudicati. Bei der praktischen Betrachtung ist übersehen worden, daß auch noch in der Executionsinstanz die Sache

---

938) Von Savigny, System Bd. 5, S. 324 flg.

vielfachen Weiterungen ausgesetzt sein kann. Man denke nur an die in der Executionsinstanz noch möglichen sogenannten privilegirten Einreden, an mögliche Interventionen Dritter u. s. w. Es ist ferner dabei nicht bedacht worden, daß, wenn auch das Recht des Klägers durch ein rechtskräftiges Urtheil anerkannt ist, doch noch eine Liquidationsinstanz möglich ist. So kann sich nach der im Vindicationsprocesse rechtskräftig ausgesprochenen Anerkennung des klägerischen Eigenthums noch ein weitläufiger Streit über die vom Beklagten zu erstattenden Früchte, über die vom Kläger dem Beklagten zu ersetzenden Aufwände entspinnen, es kann noch zu beiderseitigen Beweisführungen kommen, über welche auch erst wieder entschieden werden muß. Zu noch weitläufigeren Verhandlungen in der Executionsinstanz kann es kommen, wenn bei angestellter Erbschaftsklage das Erbrecht des Klägers rechtskräftig anerkannt und Beklagter zur Herausgabe der Erbschaft verurtheilt worden ist und es sich in der Executionsinstanz um das, was infolge des Urtheiles zu leisten ist, handelt. Die Erörterungen darüber nehmen oft viel mehr Zeit in Anspruch, als der Hauptstreit über das Erbrecht des Klägers. Abgesehen davon, daß bei der hier bestrittenen Ansicht zu vermissen ist, daß sie bei der rechtskräftigen Verurtheilung sich nicht darüber ausspricht, ob sie hier blos den Fall der rechtskräftigen Anerkennung des klägerischen Rechtes vor Augen habe, oder auch den Fall, wo die infolge dieser Anerkennung vom Beklagten zu machenden Leistungen rechtskräftig festgestellt sind, ist doch unverkennbar die Möglichkeit vorhanden, daß der Kläger in den vorher gedachten Fällen, der Weiterungen in der Executionsinstanz endlich müde, die Sache liegen läßt. Offenbar ist hier derselbe Grund, die 40 Jahre anzuwenden, ebenso gut vorhanden, als vor der rechtskräftigen Verurtheilung. — Es kann die Frage entstehen, ob die Verjährung der Litispendenz blos gegen den Kläger, oder auch gegen den Beklagten stattfinde? Die Gesetze gedenken nur des ersteren Falles und darnach könnte man behaupten, daß nach Ablauf der 40 Jahre der Beklagte dennoch auf Fortsetzung der Sache dringen dürfe, zumal da dieser dabei auch Interesse haben könnte, insofern er eines günstigen Urtheiles nicht bloß in der Hauptsache, sondern auch der Kosten halber gewiß ist und durch Fortsetzung der Sache den Ersatz der Kosten erlangen will. Zum Zwecke des Betriebes einer gleichzeitig verhandelten Widerklage würde der Beklagte aber die Fortsetzung der Hauptklage nicht verlangen können, da von ihm als Widerkläger dasselbe gilt, wie vom Kläger, letzterer also als Widerbeklagter die praescriptio litis pendentis gegen die Reconvention wirksam excipiren dürfte. Da nun die Gesetze nur davon sprechen, daß gegen den Kläger die Verjährung der Litispendenz geltend gemacht werden könne und ein Interesse des Beklagten an der Fortsetzung des Rechtsstreites auch nach Ablauf der 40 Jahre sich nicht verkennen läßt, so ist die Frage dahin zu beantworten, daß diese Verjährung nur gegen den Kläger stattfinde. — Das Verhältniß der Proceßverjährung und der Litispendenz war im römischen Rechte,

wie schon bemerkt wurde, das, daß sie neben einander bestanden. Das Nähere darüber ist folgendes. Die von Justinian bestimmte Proceßverjährung war hauptsächlich auf den nachlässigen Richter, die nachlässige Partei oder Nebenperson berechnet. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß keine Partei wider den Willen des Richters einen Rechtsstreit in die Länge ziehen dürfe[939]), und bestimmt nun ein Verfahren, wornach es 1) auf Betrieb einer Partei und bei ordnungsmäßiger Thätigkeit des Richters möglich wird, daß vor Ablauf von drei Jahren, von der Litiscontestation an gerechnet, in erster Instanz jeder Proceß entschieden wird; die Entscheidung ist, wenn der Beklagte sich den Verhandlungen entzieht und der Kläger sie einseitig betreibt, stets eine definitive; entzieht sich aber der Kläger der Verhandlung und wird solche vom Beklagten allein betrieben, so kann die Entscheidung zwar definitiv sein, aber auch darin bestehen, daß der Beklagte ab observatione iudicii entbunden wird, die Aufhebung der von ihm geleisteten Cautionen ausgesprochen und der Kläger in alle Kosten verurtheilt wird[940]). Wurde aber auf einseitiges Betreiben der Rechtsstreit fortgesetzt, so konnte aber auch die Entscheidung nur am Ausgange des dritten Jahres, nicht früher, erfolgen[941]). 2) Lag dagegen der Grund der Verschleppung am Gerichte selbst, so war es möglich, daß, trotz des fleißigen Betriebes von Seiten der Parteien, die Entscheidung in drei Jahren noch nicht erfolgte[942]). 3) Dagegen konnte durch keine Art von Nebenpersonen der Proceß aufgehalten werden. Denn den selbstständigen Principalen war Gelegenheit gegeben, die Saumseligkeit der Anwälte zu hintertreiben und der Richter sollte sogar amtlich dafür wirksam sein[943]); in den Fällen aber, wo die Hauptpartei bevormundet war und die Vormünder oder Actoren den Proceß führten, mußten letztere mit ihrem eigenen Vermögen für ein ihren Clienten ungünstiges Contumacialerkenntniß haften, gegen welches Erkenntniß erst dann und nur insoweit, als die verletzte Partei dadurch nicht gedeckt wurde, Restitution stattfand[944]). Wurde die Sache von keiner der Parteien betrieben und blieb deshalb unentschieden, so trat weder gegen den Kläger, noch gegen den Beklagten irgend ein Präjudiz ein. Gerade für einen solchen Fall wird nun durch die Vorschriften über die Verjährung der Litispendenz eine Grenze für die Dauer des Nichtbetriebes gesetzt; denn dieses Institut beruht gerade auf der Voraussetzung, daß beide Parteien den Proceß liegen lassen. Beide Institute aber, das über die Dauer der gerichtlichen Verhandlungen bei dem Betriebe der Sache durch wenigstens eine Partei und das der Verjährung der Litispendenz, ergänzten sich gegenseitig und machten

939) L. 13. §. 1. C. III. 1.
940) L. 13. §. 2. C. III. 1.
941) L. 13. §. 2. C. III. 1.
942) L. 13. §. 8. C. III. 1.
943) L. 13. §. 9. 10. C. III. 1.
944) L. 13. §. 11. C. III. 1.

es möglich, daß in keinem Falle Processe unsterblich wurden. Beide unterscheiden sich unter anderem darin, daß das erstere hauptsächlich für das Richteramt, das letztere hauptsächlich für die Parteien eingeführt war; daß die Wirksamkeit des ersteren erst mit der Litiscontestation eintrat und sowohl definitive Beendigung der ganzen Sache, als auch nur Erlöschung der Instanz (ab observatione iudicii relaxare) zur Folge haben konnte, das letztere aber das Streitverhältniß für immer vernichtete. Die 40jährige Verjährung der Litispendenz galt nur für das Verfahren in erster Instanz. Für das Verfahren in der Appellationsinstanz bestand daneben noch eine strengere Verordnung, nach welcher binnen Jahresfrist die Sache beendigt sein, widrigenfalls aber das beschwerliche Urtheil für rechtskräftig gelten und es so angesehen werden sollte, als wenn gar nicht appellirt worden wäre; dies jedoch unter der Voraussetzung, daß der Appellant die Sache zu ihrer Endschaft hätte befördern können; denn konnte ihm hinsichtlich des fleißigen Betriebes derselben nichts zur Last gelegt werden, so durfte noch ein zweites Jahr zum Betriebe der Sache bewilligt werden, nach dessen abermaligem fruchtlosem Ablaufe es bei dem beschwerlichen Urtheile unabänderlich bewenden sollte[945]). Durch spätere Verordnungen wurde jedoch dieser Grundsatz wieder sehr erschüttert[946]). In Teutschland scheint man in der Anwendung die Fristen für die Dauer des Appellationsverfahrens niemals befolgt zu haben. Dagegen ist die Verjährung der Litispendenz nicht blos bei dem Verfahren in erster Instanz, sondern auch bei dem in der Appellationsinstanz angenommen worden, obwohl man auch wohl die Anwendbarkeit dieser Verjährung behauptet hat. Was die Wirkung der Proceßverjährung und der Verjährung der Litispendenz betrifft, so ist nicht zu bezweifeln, daß der Eintritt sowohl der einen als der anderen bewirkte, daß nicht nur der zeitig contestirte, aber nicht zeitig beendigte und beziehungsweise saumselig betriebene Proceß nicht weiter fortgesetzt werden konnte, sondern die Rechtsverfolgung überall vermittelst einer Klage ausgeschlossen war[947]). Damit ist jedoch nicht auch die rechtliche Möglichkeit ausgeschlossen, dem Berechtigten auf anderen Wegen zur Abwendung des daraus entstandenen Schadens zu verhelfen, z. B. durch eine actio de dolo[948]); denn hier ist es nicht die untergegangene lis, welche fortgesetzt, noch das Recht, welches Gegenstand derselben war, welches wirksam gemacht werden soll, sondern eine durchaus von der früheren verschiedene Klagsache. Sehr bestritten ist die Frage, ob durch die Proceßverjährung und die Verjährung der Litispendenz auch die Obligation erlösche, oder ob diese nicht vielmehr als naturalis mit allen ihren Folgen, außer der Rechtsverfolgung vermittelst

945) L. 5. §. 4. C. VII. 63.
946) Auth. Si tamen C. VII. 63.
947) S. Francke, civil. Abhandl. S. 75. Keller, über Litiscontestation und Urtheil §. 15, 16.
948) L. 18. §. 4. D. 4. 3.

einer Klage, fortbestehe. Soweit diese Frage die Proceßverjährung betrifft[949]), kann solche hier bei Seite gelassen werden, da unser gemeines Recht die Proceßverjährung überhaupt nicht mehr kennt. Die Wirkung der Verjährung der Litispendenz besteht jedenfalls in dem Erlöschen des ganzen Rechtes. Darauf weisen die in L. 9. C. VII. 39. von der ehemaligen 30jährigen Verjährung der Litispendenz gebrauchten Ausdrücke: „iure suo lapsi" und „suas fortunas ad alios translatas videntes, merito quidem sine remedio ante lugebant" hin und Justinian hat diese Wirkungen nur an eine längere Zeit geknüpft. Wenn nicht das ganze Recht, sondern blos die Klage erlöschte, könnten diese Ausdrücke nicht gebraucht sein; denn wenn man seine Ansprüche noch als naturalis obligatio geltend machen darf, so fehlt es nicht an mancherlei remediis, mit welchen man sein Recht wirksam machen kann. Da durch die Verjährung der Litispendenz das Recht nur per exceptionem erlöscht, so muß die Partei sich darauf berufen und der Richter kann diese Einrede sowenig, wie eine andere, ergänzen. Was die Anwendbarkeit der Verjährung der Litispendenz nach teutschem gemeinem Proceßrechte betrifft, so ist zwar nach dem Zeugniß des berühmten Cameralschriftstellers von Cramer diese Verjährung bei den ehemaligen beiden höchsten Reichsgerichten nicht in Uebung gewesen und lange Zeit ist auf Grund dieser Auctorität dies von späteren Schriftstellern behauptet worden. Bald wurde auch Unverjährbarkeit der Litispendenz bei den Landesgerichten behauptet, bis erst in neuerer Zeit die Ansicht Cramer's gehörig gewürdigt und in ihrer Grundlosigkeit dargestellt wurde[950]). Auch ist in der That die Verjährung der Litispendenz bei dem Reichskammergericht fortwährend in Uebung gewesen[951]) und wird jetzt auch nicht mehr bezweifelt. — Litiscontestation oder Insinuation der Klage zur Unterbrechung der Verjährung? Im älteren römischen Rechte war es, wie bereits angedeutet wurde, die Litiscontestation, welche die Verjährung, namentlich die der Klage, unterbrach, weil erst diese die Klage in litem deducirte[952]); diese Regel war für den Kläger nicht drückend, so lange eine Citation als Privathandlung gestattet und deren sicherer und rascher Erfolg theils durch eine Entschädigungsklage, theils durch Bürgschaft geschützt war. Wenn diese Regel unverändert in den Rechtsquellen und in der Praxis bestände, so würde es einer gesetzlichen Aenderung dringend bedürfen, da der Beklagte leicht durch Verzögerung

---

949) Für die Fortdauer der obligatio bei der Proceßverjährung beruft sich Francke a. a. O. S. 75 auf L. 30. §. 1. D. 9. 2. Siehe dagegen Linde a. a. O. S. 188 flg.

950) Die Literatur darüber siehe bei Linde a. a. O. S. 193, N. 1.

951) Vgl. die bei Linde a. a. O. S. 194—232 abgedruckten Abstimmungen von Assessoren des Reichskammergerichtes.

952) L. 8. fin. D. 27. 7. L. 9. §. 3. D. 12. 2. Keller, über Litiscontestation S. 82.

der Litiscontestation die Unterbrechung verhindern könnte[953]). Allein schon im neueren römischen Rechte waren andere, den unserigen ähnliche, Verhältnisse eingetreten, wodurch folgende neue Bestimmungen herbeigeführt worden sind. Anfangs nahm man die litis denunciatio, ein eigenthümliches Proceßinstitut der mittleren Zeit, als Unterbrechung der Verjährung an[954]). Zuletzt wurde aber dafür die infolge des schriftlichen Klaglibells vom Richter erkannte und dem Beklagten insinuirte Citation bestimmt. Dieses könnte etwa nach dem zweideutigen Ausdrucke einer Stelle[955]) bezweifelt werden, worin es heißt: quae in iudicium deductae sunt, et cognitionalia acceperunt certamina. Allein folgende Stellen lassen keinen Zweifel. Es wird gesagt, die Unterbrechung geschehe etiam per solam conventionem[956]); ferner: subsecuta per executorem conventio[957]); dann wird der Besitz des Pfandes der Litiscontestation gleichgestellt und dabei gesagt: multo magis, quam si esset interruptio per conventionem introducta[958]). Die am meisten entscheidende Stelle einer Verordnung Justinian's[959]) enthält folgende Bestimmung: qui obnoxium suum in iudicium clamaverit, et libellum conventionis ei transmiserit.... videri ius suum omne eum in iudicium deduxisse, et esse interrupta temporum curricula. Hier ist für die Insinuation des Klaglibells zweierlei anerkannt: erstens, daß dieselbe alle laufenden Klagenverjährungen (temporum curricula) unterbreche; zweitens, daß in derselben die wahre deductio in iudicium enthalten sei. Die Einwendungen, welche neuerdings gegen die Bedeutung dieser Stelle vorgebracht worden sind[960]),

---

953) Vgl. darüber und über die Aenderungen durch das neuere römische Recht Savigny, System Bd. 5, S. 316—318.

954) Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilproc. Bd. 1, S. 249.

955) L. 1. §. 1. C. VII. 40.

956) L. 7. pr. C. VII. 39.

957) L. 3. C. VII. 39. Diese Stelle enthält den allgemein leitenden, von jeder Proceßform unabhängigen Gesichtspunkt, daß erst mit der durch den executor erfolgten Zustellung der Klage an den Beklagten die Verjährung unterbrochen werden solle. Der Einwurf von Schäffer, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. VIII, S. 278, daß diese Verordnung nicht mehr anwendbar sei, weil sie aus der Zeit des Formularprocesses stamme, und die heutzutage nicht mehr anwendbare Einleitung eines Processes mittelst impetratio formulae zum Gegenstande habe, ist ganz unerheblich, da der Formularproceß zu der Zeit Theodosius II. längst nicht mehr bestand, die impetratio formulae im alten Sinne schon unter Constantius nicht mehr vorkam (L. 1. C. de formul. et impetrat. action. subl. (II. 57.)) und die exceptio non impetratae actionis von Theodosius II. aufgehoben worden ist (L. 1. Th. C. II. 3. L. 2. C. de form. et impetrat. act. subl. (II. 57.)) und wenn auch letztere Constitution später ist als die L. 3. C. VII. 39., doch durch die Aufnahme der letzteren Constitution in seinen Codex von Justinian jene Bestimmung als eine für seine Zeit giltige anerkannt worden ist.

958) L. 7. §. 5. C. VII. 39.

959) L. 3. C. VII. 40.

960) Z. B. von Schäffer a. a. O. S. 279.

können nicht für zureichend erachtet werden. Hiernach soll die transmissio libelli conventionis an den Beklagten nicht als eine Bedingung der Unterbrechung der Verjährung, sondern als eine Folge des clamare in iudicium oder als ein Bestandtheil der klägerischen Gesammtthätigkeit nebenbei erwähnt worden sein. Daß dies nicht der Fall sei, sondern daß hier die transmissio libelli conventionis als Bedingung der Unterbrechung der Verjährung hingestellt sei, ergiebt sich schon daraus, daß Justinian damit nichts Neues bestimmt, sondern nur das wiederholt hat, was Theodosius II. in L. 3. C. VII. 39. angeordnet hatte. Daß das Anbringen der Klage das Wesentliche sei, läßt sich nicht aus dem „id est, per solam conventionem" und „interruptio per conventionem introducta" in den angeführten Stellen schließen: denn conventio heißt hier nicht das Anbringen der Klage, sondern die Mittheilung der denunciatio oder eines vom Kaiser erlangten, die Sache an den Richter verweisenden Rescriptes[961]). Und wenn in einer Constitution Justinian's[962]) dem bloßen Anbringen der Klage bei compromissarischen Schiedsrichtern die Wirkung der interruptio temporis beigelegt und hinzugefügt wird: quasi in ordinario iudicio lis fuisset inchoata, so ist darin nur eine specielle für die Schiedsgerichte getroffene Bestimmung zu finden, welche um so erklärlicher ist, als ja eigentlich schon in der Zustimmung des Beklagten zu dem Compromiß, wodurch die Entscheidung der Sache einem Schiedsrichter übertragen wird, eine Unterbrechung der Verjährung liegt, so daß es an sich gar nicht erst noch dazu eines förmlichen Klaganbringens bedürfte. Daß in L. 3. C. VII. 39. von movere actionem die Rede ist, kann umsoweniger beweisen, daß die bloße Anstellung der Klage die Verjährung unterbreche, als in derselben Stelle ja ausdrücklich erst der Zustellung der Klage an den Beklagten durch den executor die Wirkung der Unterbrechung beigelegt wird[963]). Die Anstellung der Klage vor einem incompetenten Richter und die darauf erfolgte Insinuation der Klage unterbricht die Verjährung nicht[964]). Die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung durch gerichtliche Verfolgung eines Anspruches beschränkt sich nur auf die streitenden Theile und deren Successoren. Auch dem Cessionar muß die Berufung auf eine solche Unterbrechung verstattet werden, wenn solche demjenigen, von welchem er seinen Anspruch ableitet, zu Gute kam. Gegen den neuen Erwerber der in Anspruch genommenen Sache wirkt die Unterbrechung nicht; nur kann die Verjährungszeit erst von der Zeit des neuen Besitzes an gerechnet werden. Dies ist insbesondre von der longi temporis prae-

---

961) Vgl. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Bd. 3, §. 143, S. 433.

962) L. 5. §. 1. C. de recept. arbitr. (II. 55. (56.))

963) Auch die neuere Abhandlung von Ahrens, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XII, S. 320—338, welche sich für die Klaganstellung als den die Unterbrechung bewirkenden Act ausspricht, hat unseres Erachtens keine neuen erheblichen Gründe für diese Ansicht beigebracht.

964) L. 7. C. VII. 21.

scriptio bestimmt[965]), kann aber ohne Bedenken auch auf die praescriptio XXX vel XL annorum bezogen werden. In Beziehung auf den Gegner ist die Wirkung der Unterbrechung nach Verschiedenheit des Erfolges, welchen die Anstellung der Klage gehabt hat, auf verschiedene Weise zu beurtheilen. 1) Gewinnt der Kläger und verfolgt seinen Sieg, so kann natürlich von einer Verjährung nicht weiter die Rede sein; hat dagegen der Kläger nach erfochtenem Siege denselben geltend zu machen, so kommen die Grundsätze von der praescriptio litis pendentis zur Anwendung. 2) Bei völliger Abweisung des Klägers bedarf der Sieger keiner Verjährung, da er schon durch die exceptio rei iudicatae geschützt ist. 3) Ist der Anspruch des Klägers zwar völlig abgewiesen, dennoch aber ein anderer Anspruch noch übrig, welcher zwar in der Begründung sich unterscheidet, in dem wesentlichen Zwecke aber mit dem abgewiesenen übereinstimmt, so wird die Verjährung zwar fortlaufend gerechnet, jedoch so, daß die Zeit, welche auf die erste Klage verwendet worden ist, nicht weiter in Anrechnung kommt. Nach einer Entscheidung Justinian's[966]) soll nämlich für denjenigen, welcher zuerst den Versuch gemacht hat, den seine Pflichttheilsansprüche verletzenden letzten Willen geradezu als nichtig oder untergeschoben anzusehen, der durch die gerichtliche Erörterung dieses Streites verursachte Zeitverlust keine Verkürzung an der zur Anstellung der querela inofficiosi testamenti gestatteten Zeit zur Folge haben. Nach denselben Grundsätzen wird der Fall zu entscheiden sein, wo zunächst nur der Besitz der Sache, nicht das Recht selbst, den Gegenstand der gerichtlichen Verhandlungen gebildet hat. Wird also der Kläger mit seinem Anspruche im Possessorium abgewiesen und klagt nunmehr im Petitorium, so kann er zwar nicht verlangen, daß man die Verjährungszeit wieder von Neuem berechne; aber die Billigkeit verlangt, daß die Zeitausfälle, welche der Besitzstreit gekostet hat, abgerechnet werden[967]). 4) Wird die Klage in der angebrachten Maße abgewiesen und die Verfolgung derselben in etwas veränderter Gestalt wiederholt, so ist nach denselben Grundsätzen zu entscheiden[968]). 5) Läßt der Kläger den angefangenen Rechtsstreit liegen, so kann die bereits erwähnte praescriptio litis pendentis eintreten, wegen welcher man sich auf das früher Bemerkte bezieht. — Was den Einfluß der gerichtlichen Verfolgung des Anspruches auf die einzelnen Verjährungsarten betrifft, so wird, 1) wenn die Klagbarkeit eines Rechtes als reine Folge der Unterlassung durch Verjährung verloren gehen soll, die Verjährung natürlich durch die ge-

965) L. 1. C. VII. 33. Vgl. Paul. Sent. Lib. V. Tit. 2. §. 5.

966) L. 16. C. III. 28.

967) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 445.

968) Unterholzner a. a. O. Für die Unterbrechung der Verjährung, wenn auch die dem Beklagten mitgetheilte Klage später in der angebrachten Maße verworfen wird, sprechen sich auch die K. S. erläuterte PO. Tit. 5, §. 4 und Altenb. PO. P. I. Cap. 2, §. 3 aus.

richtliche Verfolgung des Anspruches unterbrochen. 2) Anders verhält es sich bei der usucapio. Hier beruht die Verjährung hauptsächlich auf dem Besitze und nicht auf der unterlassenen Geltendmachung des gegen den Besitzer zustehenden dinglichen Rechtes; es liegt also die Unterbrechung der Verjährung durch die gerichtliche Verfolgung des Anspruches nicht in der Natur der Sache. Auch wird in der That die usucapio weder durch Anstellung der Klage, noch durch die Litiscontestation unterbrochen[969]), noch selbst durch die rechtskräftige Verurtheilung, wie sich daraus ergiebt, daß nach einer Stelle[970]) der redliche Besitzer eines während des anhängigen Rechtsstreites entflohenen Sclaven denselben noch nach ergangenem Urtheile durch usucapio erwirbt. Der in Anspruch genommene Besitzer wird freilich der usucapio ungeachtet verurtheilt; die Verurtheilung ist nun aber darauf zu stellen, daß er verpflichtet sein solle, den Kläger in die rechtliche Lage zu versetzen, in welcher derselbe sich zur Zeit der Litiscontestation befunden hatte. Der Besitzer muß also das Eigenthum auf den Sieger übertragen und wegen der Lasten, mit welchen er als Eigenthümer die streitige Sache beschwert hat, Ersatz leisten, wenn er dieselben zu beseitigen nicht im Stande ist; und wenn es auch nicht ausgemacht ist, daß er dergleichen Belastungen vorgenommen hat, so muß er doch auf alle Fälle Entschädigung versprechen[971]). Huschke[972]) glaubt in einer Stelle des Cicero[973]) ableiten zu können, daß es im alten Rechte wenigstens für Grundstücke eine eigene civilrechtliche Art der Unterbrechung der Usucapion und der Sicherung der Eigenthumsklage gegen dieselbe gegeben habe, welche in einer symbolischen Besitzhandlung, z. B. Abbrechen eines Zweiges, bestanden, als solche den Besitz aber nicht wirklich unterbrochen habe. Er bringt damit eine Digestenstelle von Gajus in Verbindung, worin derselbe sich über die naturalis interruptio ausspricht[974]) und welche nach Huschke auch selbst über das Recht der civilen usurpatio volles Licht gebe. Das Wort „naturaliter", womit Gajus beginne, zeige, daß er unmittelbar von der Unterbrechung, welche civiliter geschah, gehandelt hatte. Es habe also nach altem Rechte auch eine civilrechtliche Unterbrechung der Usucapion gegeben, die in einem herkömmlichen symbolischen Acte bestehende, wodurch nicht eigentlich der Besitz, sondern die Usucapion unterbrochen worden sei, weshalb sie bei Grundstücken alle zwei Jahre habe

---

969) L. 2. §. 21. D. 41. 4. L. 18. D. 6. 1. Vgl. L. 17. §. 1. L. 21. D. 6. 1.

970) L. 21. D. 6. 1.

971) L. 18. D 6. 1.

972) Huschke, in der Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. Bd. II, S. 141—150 und in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XIV, S. 210 flg.

973) Cicero, de orat. III. 28.: Atque hactenus loquuntur (sc. illi, quanquam rhetores) etiam hac in instituendo divisione utantur, sed ita, non ut iure, aut iudicio, aut denique recuperare amissam possessionem, sed ut ex iure civili surculo defringendo usurpare videantur.

974) L. 5. D. 41. 3.

wiederholt werden müssen; außer der natürlichen Unterbrechung, die darin bestand, daß man den Besitzer mit Gewalt aus dem Besitze setzte oder bei beweglichen Sachen ihm dieselben wirklich entriß. Eine wichtige Verschiedenheit in den Wirkungen, welche sich aus diesem Unterschiede der Unterbrechungsart selbst ergebe, sei nun nach Gajus die gewesen, daß die civilrechtliche usurpatio die Usucapion blos in Beziehung auf den Usurpanten selbst unterbrach und folglich nur dann Kraft hatte, wenn er wirklich der bisherige Eigenthümer war, der sie in der Absicht, sein Eigenthumsrecht zu schützen, vornahm; wogegen die natürliche, weil sie ein absolutes Erforderniß drr Usucapion aufhob, im Verhältniß zu Allen wirkte und namentlich auch dann, wenn der Eigenthümer ein anderer, als der Usurpant war, die Usucapion hinderte. Ob auch für bewegliche Sachen eine civile Usurpation gegolten habe, sei schwer zu sagen. Habe sie auch für bewegliche Sachen gegolten, so habe sie wahrscheinlich nur in einer feierlichen Protestation mit Anfassung derselben, unter Zuziehung von Zeugen, bestanden. Justinian habe diese civilis usurpatio aus seinem Rechtsbuche weggelassen. Unleugbar erklärt sich durch die Annahme einer solchen civilrechtlichen Usurpation die Stelle des Gajus sehr gut. 3) Die longi temporis praescriptio wurde durch die Litiscontestation unterbrochen[975]). Ob nun im neuesten römischen Rechte nach der Umformung der Usucapion durch Justinian und überhaupt nach den Veränderungen, welche derselbe rücksichtlich der Ersitzung vorgenommen hat, die ordentliche Eigenthumsersitzung durch die Litiscontestation unterbrochen werde oder nicht, hängt davon ab, ob man der von Justinian eingeführten ordentlichen Ersitzung der Grundstücke den Charakter der usucapio oder den der longi temporis praescriptio beilegt. Dies ist bekanntlich sehr bestritten; wir werden darauf bei der Lehre von der Eigenthumsersitzung zurückkommen, sprechen uns aber vorläufig dahin aus, daß wir den Charakter der usucapio annehmen. Hiernach würde also nach dem neuesten römischen Rechte eine Unterbrechung der ordentlichen Ersitzung durch Einleitung eines Rechtsstreites nicht angenommen werden können. Praktisch wäre dies freilich insofern ohne Bedeutung, als nach den bei der usucapio entwickelten Grundsätzen der Besitzer doch dem vindicirenden Eigenthümer in die Herausgabe der Sache verurtheilt wird und infolge der rechtskräftigen Verurtheilung dem Kläger alles herausgeben muß, was derselbe gehabt hätte, wenn er sogleich zur Zeit der Litiscontestation befriedigt worden wäre[976]); allein in Beziehung auf Dritte hat es doch Bedeutung, insofern die vom Besitzer während des Processes vollendete Usucapion ihm jedenfalls gegen Dritte zu statten kommen muß. Nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes von der mala fides superveniens aber wird, mag man die ordentliche Ersitzung der Grundstücke als usu-

975) L. 2. C. III. 19. L. 2. 10. C. VII. 33.
976) L. 17. §. 1. L. 20. D. 6. 1.

capio oder als longi temporis praescriptio ansehen, dieselbe durch Einleitung eines Rechtsstreites stets unterbrochen, sofern die vom Kläger erhobenen Ansprüche geeignet sind, dem Besitzer gegründete Zweifel über die Rechtmäßigkeit seines Besitzes zu erregen, und hierdurch wird die Ersitzung nicht blos gegen den Eigenthümer unmöglich, sondern der in mala fide Befindliche kann sich darauf auch nicht gegen Dritte berufen. 4) Von der praescriptio XXX vel XL annorum gilt das, was von der longi temporis praescriptio gilt. — Es ist behauptet worden, daß im Justinianeischen Rechte jede Verjährung ohne Unterschied, namentlich auch die usucapio, durch gerichtliche Verfolgung des Anspruches unterbrochen werde[977]. Man stützt dies auf eine Verordnung Constantin's[978], behauptet aber jedenfalls eine solche Veränderung auf den Grund der Justinianeischen Verordnungen. Die Constantinische Verordnung enthält aber, wie der Ausdruck „nemo ambigit" ergiebt, keine Neuerung; sie kann möglicher Weise auf eine Anfrage ergangen sein, welche eine longi temporis praescriptio betraf; möglicher Weise war aber auch gar nicht von einer Verjährung, sondern von dem interdictum utrubi die Rede. Was die Verordnungen Justinian's betrifft, auf welche man sich beruft, so ist in der L. 2. C. VII. 40. gar nicht von einer Unterbrechung der Verjährung durch Anstellung der Klage, sondern von einem im Nothfalle anzuwendenden Protestationsrechte die Rede. Die fernere Behauptung, daß Justinian den Unterschied zwischen der alten usucapio und der longi temporis praescriptio aufgehoben und seine Ersitzung den Charakter der letzteren habe, ist schon vorher als unbegründet dargestellt worden. — Es kann noch gefragt werden, ob auch die Verfolgung eines Rechtes auf dem Wege der Einrede den Lauf der Verjährung unterbrechen könne[979]. Natürlich wird eine der Verjährung unterworfene Einrede durch deren Gebrauch vor den nachtheiligen Folgen der Verjährung geschützt. Die Klagbarkeit des der Einrede zum Grunde liegenden Rechtes wird aber durch den Gebrauch der Einrede nicht gerettet. Denn wer ein Recht als Einrede gebraucht, der macht es nicht unbedingt geltend, sondern bedient sich derselben blos zum Zwecke der Vertheidigung. Dies kann nicht genügen, um ihm das Recht überhaupt zu erhalten. Es wird zwar, wenn die Exception rechtskräftig anerkannt oder verworfen wird, dadurch sehr häufig die Frage nach der Verjährung für dieses Rechtsverhältniß absorbirt sein. Allein der Satz, daß die Aufstellung einer Exception nicht die Verjährung der aus demselben Rechtsverhältniß herzuleitenden Klage unterbreche, ist wichtig für

---

977) Diese Behauptung hat aufgestellt Charondas, πειθανά, III. 6. in Otto, Thes. iur. T. I. p. 777.

978) L. 10. C. VII. 32. Ueber die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle s. Winckler, de interrupt. usucap. et praescript. (Lips. 1793.) p. 60.

979) Vgl. darüber Kori, Verjährung §. 157. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 128. S. 452 flg. Savigny, System Bd. 5, S. 321.

die Fälle, wo der erste Proceß liegen bleibt, oder wo der Richter die Exception unentschieden läßt, weil er aus anderen Gründen entscheidet.

CC) Störung der Verjährung durch eine Protestation[980]). Ein außergerichtlicher Einspruch hindert die Verjährung nicht[981]). Dagegen kann nach einer Verordnung Justinian's in außerordentlichen Fällen, wo derjenige, welcher durch die Verjährung bedroht wird, besonderer Gründe wegen, welche die Belangung des Gegners unthunlich machen, außer Stande ist, die nachtheiligen Wirkungen der Verjährung durch die Anhängigmachung eines Rechtsstreites abzuwenden, eine Unterbrechung der Verjährung durch eine bei dem praeses provinciae, oder wenn dieser nicht zugänglich ist, bei dem Bischof oder Defensor des Ortes (die Ortsobrigkeit) zu übergebende Protestation, welche die Erfordernisse einer Klagschrift haben muß, herbeigeführt werden[982]). Die Verordnung bezieht sich ursprünglich nur auf die Ersitzung, wird aber mit Recht auf jede Verjährung, namentlich die Klagenverjährung, angewendet.

DD) Störung der Verjährung durch kaiserliche Fristerstreckung. Eine Unterbrechung der Verjährung kann ferner nach römischem Rechte durch eine bei dem Kaiser nachgesuchte und von diesem bewilligte Fristerstreckung eintreten. Doch soll nach einer Verordnung Justinian's[983]) eine solche Fristerstreckung mit rechtlicher Wirkung nur in Bezug auf solche rechtliche Ansprüche stattfinden, welche dem Prätor ihren Ursprung verdanken und von diesem in die Grenzen einer Jahresfrist eingeschlossen sind. Diese Art der Unterbrechung der Verjährung ist heutzutage außer Anwendung.

EE) Störung der (ersitzenden) Verjährung durch Unterbrechung des Besitzes. Eine auf einem fortgesetzten Besitze beruhende Verjährung wird insbesondre unterbrochen, wenn der Besitz aufhört; und zwar erfolgt die Unterbrechung in der Art, daß bei einer nachher eingetretenen Wiedererwerbung des Besitzes der neu entstandene Besitz nicht an den früheren angeknüpft werden kann. Da bei den auf einer Ersitzung beruhenden Verjährungsarten die Verjährungszeit immer ein tempus continuum ist, so ist dies auch ganz in der Ordnung[984]). Da übrigens der Besitz an den von den eigenen Sclaven entwendeten Sachen und auch an einem entlaufenen Sclaven fortdauert, so lange derselbe nicht

980) Vgl. den Artikel Protestation Bd. VIII, S. 514 flg., wo auch die Literatur angeführt ist.

981) In Beziehung auf die usucapio ist dies ausgesprochen in L. 13. D. 41. 4., wo jedoch für usucapio diutina possessio gesetzt ist. Aber auch für die übrigen Verjährungsarten ist nicht erweislich, daß die außergerichtliche Protestation eine Unterbrechung bewirke.

982) L. 2. C. VII. 40.

983) L. 2. C. I. 20.

984) So ist es namentlich bei der usucapio L. 31. §. 1. D. 41. 3.; ebenso bei der longi temporis praescriptio. L. 2. C. VII. 33. Dasselbe gilt von der 30- und 40jährigen Verjährung, sofern sie eine ersitzende ist. L. 14. C. de fund. patrim. (XI. 61.)

von einem andern in Besitz genommen worden ist, so wird natürlich auch die Ersitzung nicht unterbrochen[985]). Bei eingetretenem Wahnsinne muß aus gleichem Grunde[986]) dasselbe gelten, wie denn dies namentlich von der usucapio ausgesprochen ist[987]). Dagegen wird eine Unterbrechung bewirkt: 1) wenn der Besitzer stirbt; doch kann hier im Falle eintretender Erbfolge der Erbe, wenn er den Besitz erlangt, seinen Besitz an den des Erblassers behufs der Ersitzung anknüpfen, wovon später die Rede sein wird. 2) Auch ohne Voraussetzung eines Todesfalles kann eine Unterbrechung entstehen, theils wenn die besessene Sache besitzlos wird, z. B. wenn sie verlassen, verloren, derelinquirt wird, theils wenn sie einen anderen Besitzer erhält. Zwar bleibt man a), wenn man blos die Detention einem anderen überträgt, so daß diesem weiter nichts, als eine Stellvertretung im Besitze zugeschrieben werden kann, fortwährend Besitzer, und so dauert natürlich auch die Ersitzung fort; dies gilt sogar dann, wenn ein solcher Stellvertreter als quasi possessor doch auch zugleich eine Art von Besitz in eigenem Namen hat, z. B. der Usufructuar. Dagegen b) verliert man den Besitz, wenn einer von den Fällen des sogenannten abgeleiteten Besitzes vorhanden ist. Namentlich erfolgt eine Unterbrechung, wenn man durch das Hingeben eines precarium sich des Besitzes entäußert[988]) oder den Besitz auf einen Sequester überträgt[989]). Da der mit einer Uebergabe verbundene Verpflichtungsvertrag eine Entäußerung des Besitzes enthält, so müßte eigentlich auch eine Unterbrechung der Ersitzung eintreten. Hier findet aber eine Ausnahme statt, die usucapio dauert fort[990]), obgleich der Verpfänder in jeder anderen Hinsicht nicht als Besitzer betrachtet wird[991]). c) Ist das Eintreten des neuen Besitzers die Folge einer vollständigen rechtlichen Uebertragung gewesen und sind bei dem Nachfolger im Besitze die Bedingungen des Ersitzungsbesitzes vorhanden, so kann dieser, was später noch genauer zu erörtern ist, seinen Ersitzungsbesitz mit dem Besitze des Vorgängers (auctor) zusammenrechnen. — Für den Fall, wo eine Verdrängung aus dem Besitze stattgefunden hat, giebt es im römischen Rechte den besondern Kunstausdruck usurpatio[992]). Auf diese

985) L. 33. §. 6. D. 41. 3. L. 15. D. 41. 2. L. 8. D. 44. 3.

986) L. 27. D. 41. 2.

987) L. 31. §. 3. 4. L. 44. §. 6. D. 41. 3.

988) L. 16. D. 44. 7.

989) L. 39. D. 41. 2.

990) L. 1. §. 15. D. 41. 2.

991) Natürlich wird dem Verpfänder der Ersitzungsbesitz nur so lange erhalten, als der Pfandgläubiger den Besitz behauptet (L. 33. §. 4. 5. D. 41. 3.), außer wenn der Besitz an den Verpfänder selbst zurückkommt (z. B. durch precarium, L. 36. D. 41. 2.). Die Nichtunterbrechung der Ersitzung durch eine missio in possessionem legatorum servandorum causa (L. 12. D. 41. 4. L. 2. D. 41. 5.) ist keine Ausnahme, weil hier überhaupt der frühere Besitz fortbauert. Dasselbe gilt von jeder anderen missio in possessionem, mit Ausnahme der missio damni infecti nomine ex secundo decreto.

992) L. 2. D. 41. 3.

usurpatio bezieht sich eine Stelle von Gajus[993]), wegen deren Erklärung durch Huschke mit Rücksicht auf die von demselben aus einer Stelle des Cicero abgeleitete civilrechtliche Unterbrechung der usucapio durch einen symbolischen Act wir uns auf das früher Bemerkte beziehen. Als eine usurpatio ist es auch zu betrachten, wenn derjenige, welcher den Ersitzungsbesitz hat, die von ihm besessene Sache an den wirklichen Eigenthümer vermiethet oder verpachtet. Da eine solche Vermiethung oder Verpachtung ungiltig ist, so kann auch infolge derselben der Eigenthümer nicht als Stellvertreter eines fremden Besitzes betrachtet werden. Davon ist eine natürliche Folge, daß er an sich schon den bisherigen Ersitzungsbesitzer aus dem Besitze verdrängen muß[994]). Auf ähnliche Weise kann man durch ein precarium den Besitz verlieren, obschon man sich denselben ausdrücklich vorbehalten hat und ihn daher unter anderen Umständen behauptet haben würde, sobald der Precarist zugleich Eigenthümer war. Auch der Verpfänder, welcher doch sonst zum Behufe der Ersitzung als fortbesitzend angesehen wird, verliert den Ersitzungsbesitz,

---

993) L. 5. D. 41. 3. Die Schlußworte dieser Stelle: Ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa enthalten nach der Ausführung von Huschke, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. XIV, S. 211 flg. den Gegensatz zwischen der lucrativa (pro herede oder fiduciae) possessio et usucapio, deren Charakteristisches darin bestand, daß sciens quisque rem alienam lucrifacit, und der redlichen Usucapion, welche Gajus, möge sie aus Schenkung oder Kauf herrühren, passend eine pro suo possessio et usucapio benennt. Die Gründe, warum Gajus hier diesen Gegensatz hervorhebt, sind folgende. Gajus will in der ganzen Stelle die natürliche Besitzesunterbrechung der civilis usurpatio des alten Rechtes entgegenstellen und das verschiedene Recht beider bemerklich machen. Wenn er also sagt, daß bei der naturalis kein Unterschied sei, ob der Usucapient pro suo oder ex causa lucrativa besaß, so folgt, daß bei der civilis ein Unterschied zwischen beiden gegolten haben muß. Dies läßt sich auch schon nach der Natur derselben vermuthen. Die civilis usurpatio bestand in einer symbolischen Ausübung des Rechtes, dessen Verlust durch die Usucapion des dritten Besitzers der Eigenthümer verhüten wollte. Natürlich mußte diese eine andere gegen den pro herede possessor, eine andere gegen den pro suo possessor sein, da man gegen jenen die hereditas, gegen diesen das Eigenthum geltend zu machen hatte. Jedenfalls bestand sie nun dort nicht nothwendig, wie hier, in einer symbolischen Besitzhandlung am Grundstücke; denn auch bei der gerichtlichen Geltendmachung der hereditas konnte irgend eine Sache derselben ohne Rücksicht darauf, welche der Beklagte besaß, in ius gebracht und an ihr vindicirt werden (Gai. Inst. Comm. IV. §. 17). Allein wahrscheinlich galt die usurpatio dort auch überhaupt nicht, weil man zur Zeit, wo die usurpatio aufkam, den Erben vielmehr zur Einklagung der Erbschaft und Abtragung der sacra nöthigen, als ihm eine leere Verhinderung der Usucapion gestatten wollte. Wenigstens deutet die Stellung des Schlußsatzes bei Gajus im Verhältniß zum vorangehenden an, daß die civilis usurpatio ebenso (nach Satz 2. der L. 5. D. cit.) gegen einen ex lucrativa causa possessor, wie (nach Satz 1.) von Seiten eines Nichteigenthümers unwirksam gewesen sei. Vgl. Huschke a. a. O.

994) L. 21. D. 41. 3. Diese Stelle bezog sich ursprünglich auf die lucrativa pro herede usucapio und statt der usucapio ist von den Compilatoren longi temporis praescriptio gesetzt. Sie enthält aber doch unverkennbar ein allgemeines Princip. Uebrigens darf nicht eine bloße locatio possessionis beabsichtigt gewesen sein. L. 28. D. 41. 2.

wenn er die Sache an den Eigenthümer selbst verpfändet hat[995]). — Nach den früheren Andeutungen findet eine Verknüpfung des alten und neuen Besitzes (accessio possessionis, accessio temporis) statt[996]): 1) bei der Erbfolge, 2) wenn bei Lebzeiten des Besitzers infolge einer rechtlichen Uebertragung einer Sache der Besitz auf einen Andern übergeht[997]): unter diesen Voraussetzungen hat es auch kein Bedenken, daß die Besitzverbindung durch eine längere Reihe von Besitzveränderungen fortlaufe[998]). Die accessio possessionis ist nicht blos in Beziehung auf die Ersitzungslehre wichtig, sondern auch für manche Interdicte, indem diese nur Schutz gewähren, wenn der Besitz eine Zeit lang gedauert hat[999]). Daher hat eine diese Lehre behandelnde Hauptstelle[1000]) in dem Titel Platz gefunden, welcher von der Besitzlehre im allgemeinen handelt. Nach einer Aeußerung des Scävola beruht die Zulässigkeit der accessio possessionis lediglich auf der aequitas[1001]). Bei der longi temporis praescriptio fand die Zusammenrechnung des Besitzes volle Anwendung[1002]). Dies läßt auf die praescriptio XXX vel XL annorum mit um so größerem Rechte schließen, als die Länge der Verjährungszeit eine Vollendung derselben nur selten gestatten würde, wenn die Anknüpfung an den Besitz des Vorgängers unzulässig wäre[1003]). Es ist diese accessio temporis bei dieser langen Verjährung nicht blos, insofern sie eine Ersitzung ist, sondern auch insofern sie blos Klagenverjährung ist, zulässig, sofern ein Successionsverhältniß zwischen dem alten und neuen Besitzer stattfindet. Dies ist zwar bezweifelt worden[1003a]), allein da die 30jährige Klagenverjährung zu einer Zeit eingeführt wurde, wo ohnehin die Strenge des alten Civilrechtes fast nur noch als historische Erinnerung übrig war, so konnte wohl die Anwendung derselben accessio temporis, wie bei der longi temporis praescriptio, nicht zweifelhaft sein, weshalb auch die Kaiser wahrscheinlich es auch nicht der Mühe werth erachtet haben, über eine so unzweifelhafte Frage etwas ausdrücklich zu bestimmen. Wäre aber irgend ein Zweifel an der unbeschränkten Anwendbarkeit der accessio temporis auf die Klagenverjährung möglich gewesen, so hätte dieser wenigstens ganz verschwinden müssen, seitdem

995) L. 29. D. 13. 7. Vgl. L. 33. §. 5. D. 41. 3.

996) Eine besondere Schrift hierüber ist von Denzinger, die accessio possessionis nach römischem und kanonischem Rechte. 1842.

997) L. 14. §. 1. D. 44. 3.

998) L. 15. §. 1. 2. 6. D. 44. 3.

999) Namentlich kommt es bei dem interdictum utrubi vor Justinian auf accessio possessionis an, weil der längere Besitz des letzten Jahres zwischen den streitenden Theilen entschied.

1000) L. 13. D. 41. 2.

1001) L. 14. pr. D. 44. 3.

1002) L. 76. §. 1. D. 18. 1.

1003) Vgl. Savigny, System Bd. 5, S. 362—366. Dernburg, im Archiv f. civil. Praxis Bd. XXXIV, Nr. 13, besonders S. 282—286.

1003a) Z. B. von Reinhardt, die usucapio und praescriptio S. 200. Kierulff, gem. Civilr. S. 200.

Justinian sie für die weit strengere Usucapion vorgeschrieben hatte[1004]). Blos beiläufig kommen im neuesten Rechte folgende Aeußerungen vor, welche ganz mißbraucht werden würden, wenn man aus den nicht völlig bestimmten Ausdrücken einiger derselben allgemeine Regeln bilden wollte, welche mit den aufgestellten Grundsätzen im Widerspruch ständen. Eine reine Anwendung dieser Grundsätze ist es, wenn für die 40jährige Verjährung der hypothekarischen Klage der Schuldner selbst mit seinem Erben als identisch behandelt wird[1005]). Zweideutiger sind folgende Stellen. Nach Justinian's Bestimmung kann, wenn nach vollendeter Verjährung der Eigenthumsklage der Besitz an einen neuen Besitzer kommt, der frühere Eigenthümer gegen diesen wieder vindiciren; es wird natürlich dabei stillschweigend vorausgesetzt, daß der neue Besitzer den Besitz durch Gewalt oder Zufall erlangte[1006]). Umgekehrt sagt eine Verordnung von Anastasius, bei den 40 Jahren für die Vindication der Patrimonialgüter dürfe der gegenwärtige Besitzer die Zeit seines Vorbesitzers hinzurechnen[1007]); auch hier ist stillschweigend vorausgesetzt, daß zwischen beiden Besitzern ein Successionsverhältniß stattfand. Die meisten Schwierigkeiten bietet die usucapio, nicht für die Zeit Justinian's, wo die Möglichkeit der accessio außer Zweifel ist, sondern für die frühere Zeit. Eine in den Institutionen enthaltene Nachricht scheint nämlich zu beweisen, daß die usucapio nicht einmal auf den Grund der Erbfolge, wo es doch am ersten zu erwarten war, eine Anknüpfung des Besitzes verstattete, bis Justinian das bei der longi temporis praescriptio geltende Recht auch auf die usucapio ausdehnte[1008]). Ungeachtet auch Theophilus[1009]) die Institutionen-

---

1004) §. 12. 13. Inst. II. 6. L. un. C. VII. 31.

1005) L. 7. §. 1. C. VII. 39.

1006) L. 8. §. 1. C. VII. 39. verb.: Sin vero nullum ius in eadem re quocunque tempore habuit etc.

1007) L. 14. C. de fundis patrim. (XI. 61.)

1008) §. 12. Inst. II. 6.: Diutina possessio, quae prodesse coeperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur ... Quod nostra constitutio similiter in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur.

1009) Theophil. Paraphr. Inst. Lib. II. Tit. 6. §. 12. legt die betreffende Constitution Justinian's (L. un. C. VII. 31.) dahin aus, daß dieselbe auch bei der von Justinian eingeführten 3jährigen Ersitzung für bewegliche Sachen die accessio possessionis auch für den Erben erst eingeführt habe. Diese Auslegung ist aber, wie die Ansicht der Constitution selbst ergiebt, unrichtig. Die Constitution führt nur für die neue 3jährige Ersitzung der Mobilien die accessio possessionis ein, aber nicht für den Fall der Universalsuccession, sondern für den Fall der Singularsuccession. Dies ergiebt sich daraus, daß unmittelbar vor dem Satze: Quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan rei alienae scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est, in Bezug auf die Immobiliarersitzung der Satz vorausgeht: Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio: et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris etc. Es wird also darauf Gewicht gelegt und erfordert,

stelle in einer dieser Ansicht günstigen Weise auslegt, so ist doch diese Auslegung durch die Worte der betreffenden Constitution selbst nicht gerechtfertigt. Vielmehr mußte die uralte Annahme einer zwischen dem Erblasser und dem Erben vermöge der vollständigen Repräsentation des erstern durch den letztern stattfindenden Personeneinheit auch zu einer Verbindung des Ersitzungsbesitzes des Erblassers mit dem des Erben führen. Wirklich zeigen auch mehrere Digestenstellen, welche keine Spur einer Aenderung an sich tragen, daß in der That zur Zeit der Digestenschriftsteller der Erbe die usucapio des Erblassers fortsetzte[1010]). Demnach muß auch für die usucapio die Fortsetzung des Besitzes des Erblassers durch den Erben angenommen werden[1011]). Die Neuerung Justinian's, von welcher in der Institutionenstelle die Rede ist, kann nicht mit Unterholzner[1012]) sich darauf beschränkt haben, das, was bei der Civilerbfolge gegolten hatte, auch für die bonorum possessio einzuführen. Diese Erklärung der Institutionenstelle ist grammatisch unmöglich und widerspricht auch bestimmten Digestenstellen, welche auch bei dem bonorum possessor eine accessio possessionis behufs der Usucapion anerkennen[1013]). Auch eine weiter unten zu erwähnende Auslegung, welche Hameaux vorschlägt, ist unhaltbar. Es ist daher das Natürlichste, daß man in der Institutionenstelle den einfachen Sinn findet, Justinian habe das, was schon vorher bei der Verjährung galt, auch der von ihm neu gestalteten Usucapion beibehalten, namentlich die accessio possessionis bei der von ihm neu eingeführten 3jährigen Ersitzung der Mobilien eingeführt. Was nun 1) die accessio possessionis im Falle der Universalsuccession betrifft, so ist nach dem neuesten römischen Rechte darüber, daß dem Erben und anderen Universalsuccessoren (heutzutage nur dem Erben, da wir andere Universalsuccessionen nicht kennen) der Ersitzungsbesitz des Erblassers zu Gute kommt, umsoweniger Zweifel, als ja selbst die Frage, ob der Erbe als ein rechtmäßiger Besitzer überhaupt der Ersitzung fähig sei, lediglich nach dem Besitze des Erblassers beurtheilt wird und die eigene mala fides des

---

daß derjenige, welcher sich den Besitz seines Vorgängers zurechnen will, selbst bonae fidei possessor sei, und darauf kommt es bekanntlich nur bei der Singularsuccession, nicht bei der Universalsuccession an.

1010) L. 30. pr. D. 4. 6. L. 15. pr. L. 43. pr. D. 41. 3.

1011) Savigny, System Bd. 5, S. 363.

1012) Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 466 flg.

1013) L. 14. §. 1. D. 44. 3.: heredibus enim, et his, qui successorum loco habentur, datur accessio testatoris. Unter denen, qui successorum loco habentur, sind gerade die bonorum possessores und andere prätorische Universalsuccessoren zu verstehen. L. 2. §. 19. D. 41. 4.: Hoc et in bonorum possessore, et in fideicommissariis, quibus ex Trebelliano restituitur hereditas, ceterisque praetoriis successoribus observatum est. Daß hier von der accessio possessionis die Rede ist, geht aus dem Inhalte der Stelle selbst und aus der Verbindung derselben mit §. 18. und 20. eod. entschieden hervor. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 322, Anm. 2.

Erben nicht schadet, wenn nur der Erblasser in bona fide war[1013a]). Bereits angeführte Stellen bestätigen die accessio possessionis in diesem Falle ausdrücklich. Die dabei zu beachtenden Grundsätze sind folgende. Der gewöhnlich bei erfolgtem Todesfalle eintretende Zustand der Besitzlosigkeit hindert nicht, daß nicht dennoch eine Verbindung zwischen dem Besitze des Erben und dem des Erblassers zulässig wäre; vielmehr wird diese Zeit der Besitzlosigkeit mit in die Ersitzungszeit eingerechnet[1014]). Selbst während der hereditas iacens kann die Ersitzung vollendet werden, so daß der Erbe unmittelbar mit dem Erbschaftsantritte Eigenthümer wird, ohne daß er auch nur einen Augenblick besessen hat[1015]). Selbstverständlich darf aber zwischen dem Besitze des Erblassers und des Erben kein Dritter besessen haben[1016]). Gegen die sich sehr bestimmt aussprechenden Gesetzstellen stellt Unterholzner[1017]) umgekehrt den Satz auf, Besitzergreifung von Seiten des Erben sei selbst dann nöthig, wenn auch die Ersitzungszeit während der hereditas iacens abgelaufen sei, so daß, wenn sich nach dieser Zeit ein Dritter von dem Erben in den Besitz setze, die Ersitzung verhindert sei. Die dafür angeführte Stelle[1018]) braucht aber gar nicht von der accessio possessionis bei der Ersitzung verstanden zu werden, sondern kann sich ebenso gut auf die accessio possessionis bei dem interdictum utrubi beziehen und steht, wenn man sie davon versteht, mit den anderen Gesetzstellen nicht im Widerspruch und die Entscheidung Papinian's[1019]) bezieht sich gar nicht auf den Fall, wo schon der Erblasser besaß, sondern es wird hier vorausgesetzt, daß ein Erbschaftssclave erst nach dem Tode des Erblassers eine Sache in Besitz nahm, und gerade darin wird auch der Entscheidungsgrund gesetzt, „quemadmodum etenim usucapietur, quod ante defunctus non possederat?“ Diese Stelle spricht also vermöge des argumentum a contrario vielmehr gegen die Unterholzner'sche Ansicht. War der Erblasser vor seinem Tode aus dem Besitze gekommen, so kann natürlich von einer accessio possessionis keine Rede sein. Eine anscheinend entgegenstehende Stelle[1020]) bezieht sich auch nur wieder auf das interdictum utrubi, wobei es keiner possessio continua bedurfte, sondern womit Jeder

1013a) §. 12. Inst. II. 6. L. 43. D. 41. 3. L. 2. §. 19. D. 41. 4. L. un. C. VII. 31.

1014) L. 31. §. 5. D. 41. 3.

1015) L. 30. pr. D. 4. 6. L. 40. L. 44 §. 3. D. 41. 3. L. 6. §. 2. D. 41. 4.

1016) L. 20. D 41. 3. L. 6. §. 2. D. 41. 4.

1017) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 473.

1018) L. 13. §. 4. D. 41. 2.

1019) L. 45. §. 1. D. 41. 3.

1020) L. 13. §. 5. D. 41. 2. S. Vangerow a. a. O., der mit Recht es unbegreiflich findet, wie Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 474 hieraus den Satz habe ableiten können, daß dann, wenn der nachherige Erbe selbst den Erblasser aus dem Besitze verdrängt habe, er seinen Besitz (der doch jedenfalls fehlerhaft war) und den des Erblassers zum Zwecke der Verjährung zusammenrechnen dürfe. Andere unpassende Auslegungen erwähnt Unterholzner ebd. N. 471.

siegen konnte, welcher im letzten Jahre, ununterbrochen oder unterbrochen, länger besessen hatte, als sein Gegner. — Die hier aufgestellten Grundsätze über die accessio possessionis im Falle der Universalsuccession, namentlich die über bona und mala fides leiden keine Anwendung auf einen Legatar. Denn eine möglicher Weise dafür anzuführende Stelle[1021]) will nur sagen, daß der Legatar, sowie der Erbe, sich den Besitz des Erblassers und die Zeit der hereditas iacens anrechnen könne, was in einer Stelle ausdrücklich gesagt wird[1022]). 2) Was die accessio possessionis bei der Singularsuccession anlangt, so ist es schon von vorn herein sehr wahrscheinlich (indem die accessio possessionis blos auf der aequitas beruht), daß dieselbe bei dem strengen civilen Institute der usucapio nicht vorgekommen sei, und es ist kein Grund, an der Glaubwürdigkeit der in den Institutionen[1023]) mitgetheilten Nachricht zu zweifeln, wonach die accessio possessionis bei der usucapio zwischen Verkäufer und Käufer erst durch Rescripte von Sept. Severus und Antoninus (Caracalla) eingeführt worden ist. Man hat sich, um zu beweisen, daß schon früher vor diesen Kaisern dasselbe gegolten habe, auf mehrere Stellen berufen[1024]); allein entweder ist nicht erweislich, daß diese Stellen, wenn sie auch direct von der Usucapion reden (wie L. 2. §. 16. 20. D. 41. 4.), aus einer Zeit vor diesen Kaisern herrühren, oder es können die nicht direct von der Usucapion redenden Stellen theils von der longi temporis praescriptio, theils von dem interdictum utrubi verstanden werden, bei welchen beiden Instituten bekanntlich auch im Falle der Singularsuccession die accessio possessionis schon früher stattfand, wie sich hinsichtlich des interdictum utrubi ganz bestimmt aus Gajus ergiebt[1025]). Nach den genannten Kaisern wurde freilich auch auf die usucapio die accessio possessionis angewendet, wenigstens in einzelnen Fällen; ganz allgemein ist sie durch Justinian vorgeschrieben worden[1026]), so daß sich im Justinianeischen Rechte kein Unterschied zwischen usucapio und praescriptio in dieser Hinsicht findet. Doch glaubt Hameaux[1027]), daß Justinian in der L. un. C. VII. 31. (verb.: quod et in rebus mobilibus etc.) einen solchen Unterschied begründet habe, indem er es zwar bei der longi temporis praescriptio (also

---

1021) L. 14. §. 1. D. 41. 3.: In re legata in accessione temporis, quo testator possedit, legatarius quodammodo quasi heres est.

1022) L. 13. §. 10. D. 41. 2.

1023) §. 13. Inst. II. 6.

1024) L. 2. §. 16. 20. D. 41. 4. L. 19. D. 41. 3. L. 6. §. 1. L. 14. §. 2. L. 15. §. 2. D. 44. 3. Vgl. darüber Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 470. Vangerow a. a. O. Sonderbare Ansichten über das Alter der accessio possessionis bei der usucapio hat Hameaux, die usucapio und longi temporis praescriptio S. 155 flg.

1025) Gai. Inst. Comm. IV. §. 151.

1026) §. 12. 13. Inst. II. 6. L. un. C. VII. 31.

1027) Hameaux a. a. O. S. 154 flg. Siehe dagegen Vangerow a. a. O.

nach Hameaux bei der Verjährung der Immobilien) bei dem alten Rechte gelassen, bei der usucapio aber (also nach seiner Idee bei der Verjährung der Mobilien) den neuen Satz eingeführt habe, daß es dabei gar nicht auf die bona fides des Nachfolgers ankomme, sondern daß dabei ganz, wie schon früher im Falle der Universalsuccession, nur die bona fides des auctor entscheiden solle; in dieser Weise legt auch Hameaux die schon oben besprochene Institutionenstelle[1028]) aus. Allein es ergiebt sich bei aufmerksamer Betrachtung der erwähnten Constitution, daß Justinian an die Aufstellung eines solchen, auch aus inneren Gründen ganz unnatürlichen Unterschiedes zwischen der Verjährung der Immobilien und der der Mobilien gar nicht gedacht hat. Namentlich sind die Worte: ut in omnibus iusto titulo etc. durchaus nicht blos, wie Hameaux will, auf die Mobilien zu beziehen, sondern es soll hier nochmals in einem allgemeinen Satze für beide Arten zusammengefaßt werden, was vorher von den Immobilien und den Mobilien besonders bemerkt war, und der Sinn dieser Worte ist nur einfach der, daß bei allen Arten von Sachen accessio possessionis stattfinden und die mala fides superveniens unschädlich sein soll. Damit fällt denn auch die neue Auslegung der angeführten Institutionenstelle von selbst hinweg, die aber auch sonst ganz unzulässig ist, indem offenbar der §. 12. nur von der accessio bei der Universalsuccession handelt und erst in §. 13. auf den Fall des Singularerwerbes übergegangen wird. — Die Grundsätze über accessio possessionis im Falle einer Singularsuccession sind, ohne daß Verjährung der Mobilien und Immobilien hier unterschieden wird, folgende: a) Der Besitzer, welcher sich den Besitz seines Vorgängers zurechnen will, muß sich in conditione usucapiendi befinden; er muß also selbst schon besitzen[1029]), sich in bona fide befinden[1030]) und einen iustus titulus für sich haben. In letzterer Beziehung tritt das Besondere ein, daß ein titulus putativus zwar wohl zur Ersitzung überhaupt, nicht aber auch zur accessio possessionis berechtigt[1031]). b) Umgekehrt muß sich auch der Vorgänger in conditione usucapiendi befunden haben[1032]). Uebrigens tritt hier doch auch der wesentliche Unterschied von dem Falle der Universalsuccession ein, daß nicht die Verjährung überhaupt, sondern nur die accessio possessionis wegfällt[1033]); es kann also, z. B. wenn es dem Vorgänger an einem iustus titulus fehlt, der Erwerber unzweifelhaft die ordentliche Verjährung beginnen, während freilich, wenn sich der Vorgänger in mala fide befindet, die Verjährung regelmäßig ausgeschlossen ist, weil in der Veräußerung be-

1028) §. 12. Inst. II. 6.: Quod nostra constitutio etc.
1029) L. 15. §. 1. L. 16. D. 44. 3.
1030) L. 2. §. 17. D. 41. 4.
1031) L. 2. §. 16. D. 41. 4.
1032) L. 37. D. 19. 1. L. 13. §. 1. 13. D. 41. 2. L. 5. D. 44. 3. L. un. C. VII. 31.: et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris.
1033) L. 37. D. 19. 1. L. 5. D. 44. 3.

weglicher Sachen von Seiten eines malae fidei possessor ein furtum im römischen Sinne liegt[1034]) und Immobilien, welche ein unredlicher Besitzer veräußert, der ordentlichen Verjährung entzogen sind, wenn nicht der wahre Eigenthümer von dieser Veräußerung Kenntniß erhält[1035]). Endlich darf zwischen dem Besitze des Vorgängers und Nachfolgers keine Unterbrechung, ja nicht einmal ein tempus vacuum vorgekommen sein[1036]). Unter diesen Voraussetzungen kann aber nicht blos der Besitz des unmittelbaren Vorgängers, sondern auch der früheren Vorbesitzer zugerechnet werden[1037]). Auch kann man sich den Besitz eines interimistischen Erwerbers zurechnen, wenn die veräußerte Sache infolge des Eintrittes einer auflösenden Bedingung, einer redhibitorischen Klage u. s. w. zu uns zurückgelangt ist[1038]). — Ist einem Sequester der juristische Besitz einer Sache übertragen worden, so nützt sein Besitz dem künftigen Sieger im Processe nichts zur Ersitzung; wohl aber, wenn die Sache nur custodiae causa einem Sequester anvertraut wurde[1039]). Ist eine Sache als precarium gegeben worden, so hat der Geber, so lange er nicht widerruft, keinen Anspruch auf accessio possessionis; hat er aber nach geschehenem Widerrufe den Besitz zurückerhalten, so kann er sich die Besitzzeit des Empfängers zurechnen[1040]).

E) Wiederaufhebung der Verjährung durch Restitution[1041]). Insofern Rechtsveränderungen aller Art durch in integrum restitutio wieder aufgehoben werden können, ist auch eine solche bei der Verjährung nicht geradezu auszuschließen. Die Quellen geben dafür, daß gegen die Usucapion und gegen den Ablauf der Verjährung bei Temporalklagen Restitution bewilligt worden sei, die bestimmtesten Zeugnisse[1042]). Es könnte die Bejahung der Frage, ob derjenige, welcher aus Unwissenheit eine Verjährung ablaufen ließ, gegen diesen Verlust aus allgemeinen Restitutionsgründen geschützt werde, keinen Zweifel haben, wenn nicht besondere gesetzliche Bestimmungen darüber vorhanden wären. Daß die Verjährung jeder Art während der Dauer der väterlichen Gewalt rücksichtlich der zu dem dem Nießbrauche und der Verwaltung des Vaters unterworfenen Vermögen gehörigen Sachen und Klagen, sowie während der Unmündigkeit des Berechtigten gehemmt ist, wurde bereits früher bemerkt. Dasselbe gilt nach römischem Rechte, nur in einer beschränkteren Anwendung, so lange der Berechtigte minderjährig ist, nämlich bei denjenigen Verjährungen, welche weniger

---

1034) §. 3. Inst. II. 6. L. 16. C. VI. 2..
1035) Nov. 119. cap. 7.
1036) L. 15. §. 1. D. 44. 3.
1037) L. 15. §. 1. 2. D. 44. 3.
1038) L. 13. §. 2. D. 41. 2. L. 19. D. 41. 3. L. 6. §. 1. D. 44. 3.
1039) L. 39. D. 41. 3.
1040) L. 13. §. 7. D. 41. 2.
1041) Vgl. besonders Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 3, S. 421 flg.
1042) Man vergleiche nur die Edictsstelle in L. 1. §. 1. D. 4. 6.

als 30 Jahre dauern, so daß dabei der Minderjährige keiner Restitution bedarf[1043]). Für alle übrigen Fälle ist nach römischem Rechte zwischen der 30jährigen Verjährung und der kürzeren, wobei die einjährige und die 20jährige auf ganz gleicher Linie stehen, zu unterscheiden. Bei der 30jährigen ist jede anderwärts geltende Restitution völlig ausgeschlossen und dieser Satz enthält eine positive Ausnahme von allgemeineren Rechtsregeln. Bei den kürzeren Verjährungen ist gar nichts Positives vorgeschrieben, so daß hier die gewöhnlichen Regeln der Restitution unbeschränkt zur Anwendung kommen. Der erste Satz ist sehr bestritten, nicht der zweite[1044]). Daß gegen die 30jährige Verjährung auch diejenigen keine Restitution erhalten sollen, welche gegen jeden andern Nachtheil restituirt werden, namentlich die Minderjährigen, beweisen folgende Worte der die 30jährige Klagenverjährung einführenden Verordnung von Theodosius II.[1045]): „non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter, ut aliis, triginta annorum intervalla servanda sunt.“ Der Sinn dieser Worte ist folgender. Von der 30jährigen Verjährung sind ipso iure frei (so daß sie keiner Restitution bedürfen) die Unmündigen (huic eximenda sanctioni). Alle anderen sollen nicht einmal Restitution erhalten (contra hanc legem defendenda), noch viel weniger also ipso iure frei sein; in dieser Hinsicht sollen die Minderjährigen auf ganz gleicher Linie stehen mit den Frauen, Abwesenden und Soldaten. Der blos wörtliche Gegensatz zwischen eximenda und defendenda würde in einer Constitution aus so später Zeit allein nicht völlig entscheiden; der Verfasser hätte eine nichtssagende Abwechselung der Ausdrücke als Zierlichkeit der Rede anbringen können. Allein aus folgenden Gründen sind diese Ausdrücke in dem angedeuteten bestimmten Sinne zu nehmen. Offenbar will erstens der Gesetzgeber einen bedeutenden praktischen Unterschied zwischen den Pupillen und Minderjährigen machen. Nun ist aber der Unterschied zwischen Befreiung ipso iure und durch Restitution ungleich geringer, als der zwischen Befreiung überhaupt und Nichtbefreiung. Der Gesetzgeber konnte also unmöglich jenen geringeren Unterschied mit Wichtigkeit behandeln und den größeren mit Stillschweigen übergehen, also zweifelhaft lassen; er konnte nicht von den Minderjährigen sagen, sie seien streng an die Beobachtung der 30 Jahre gebunden,

---

1043) L. 5. C. in quib. caus. in integr. rest. necess. non est (II. 40. (41.)).

1044) Für die Ausschließung der Restitution gegen die 30jährige Verjährung erklären sich Thibaut, Besitz und Verjährung §. 65, 73. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 136, S. 488 flg. Savigny a. a. O. S. 421 flg.; für die entgegengesetzte Burchardi, Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 136.

1045) L. 3. C. VII. 39.

wenn sie sich von dieser Strenge sogleich wieder durch Restitution losmachen konnten. Dazu kommt, daß allerdings zur Feststellung eines solchen praktischen Unterschiedes zwischen Pupillen und Minderjährigen deren ganz verschiedene Stellung im römischen Rechte auch hinreichende Veranlassung gab. Zweitens zeigt der ganze Ausdruck, daß der Gesetzgeber etwas Neues anordnen wollte. Dieses paßt ganz zu der gegebenen Erklärung; denn die hier zusammengestellten Personen hatten in der That einen sehr ausgedehnten Anspruch auf Restitution, welcher ihnen ohne Zweifel auch gegen die 30jährige Verjährung zu statten gekommen wäre, wenn hier nicht die Restitution ausdrücklich verboten worden wäre. Zu der entgegengesetzten Erklärung paßt jener Ausdruck nicht, da Niemand daran denken konnte, den Frauen u. s. w. gegen die 30jährige Verjährung eine Befreiung ipso iure zu geben, welche sie selbst gegen kürzere Verjährungen niemals gehabt haben[1046]). Der fernere eben aufgestellte Satz, daß gegen alle Verjährungen unter 30 Jahren jede an sich begründete Restitution geltend gemacht werden könne, wodurch dann auch der Nachtheil aus der Unwissenheit abgewendet wird, welcher nur nicht als selbstständiger Restitutionsgrund anzusehen ist, ist nicht bestritten; es bedarf nur des Nachweises, daß er in den Quellen anerkannt und vielfältig angewendet worden sei. Im allgemeinen ist zu bemerken, daß auch diejenigen Stellen von dieser Restitution verstanden werden müssen, welche bei Abwesenden u. s. w. nur überhaupt die Befreiung von der Verjährung erwähnen, selbst wenn von der Restitution darin nicht ausdrücklich die Rede ist. Die vorkommenden Fälle sind folgende: 1) Abwesenheit schützt gegen die vierjährige Verjährung der Regreßklage gegen den Fiscus, welcher die Sache des Abwesenden veräußert hat[1047]), gegen die Verjährung einer öffentlichen Anklage[1048]), gegen die einjährige Verjährung des interdictum quod vi aut clam[1049]), gegen die longi temporis praescriptio[1050]). 2) Die Abhaltung durch Amtsgeschäfte, sie mag mit Abwesenheit verbunden sein oder nicht, schützt gegen die

---

1046) Wenn Burchardi a. a. O. S. 136 dagegen behauptet, Abwesende und Frauen hätten allerdings oft ipso iure Befreiung gehabt, und zum Beweise Stellen anführt, welche in der That nicht ausdrücklich von Restitution sprechen (L. 40. pr. D. 4. 6. L. 15. §. 6. D. 43. 24. L. 1. D. 44. 3. L. 3. C. de dolo malo (II. 20. (21.)) L. 3. C. de restit. mil. (II. 50. (51.)) L. 24. C. III. 32. L. 4. 6. 8. C. VII. 35., so ist es, wie Savigny a. a. O. R. g. S. 423 flg. mit Recht bemerkt, eine ganz verwerfliche Auslegung, aus jeder etwas unbestimmt redenden Stelle, besonders wenn dieselbe ein Rescript ist, sogleich einen besonderen Rechtssatz zu machen, da, wo sich die Zurückführung auf einen sonst schon bekannten Grundsatz ungezwungen darbietet. Zudem stehen in der Reihe jener befreiten Personen auch die Frauen, für deren frühere Befreiung ipso iure gar nichts beigebracht werden kann.

1047) L. 5. C. de restit. milit. (II. 50. (51.))

1048) L. 40. pr. D. 4. 6.

1049) L. 15. §. 6. D. 43. 24.

1050) L. 1. 2. 4. 6. 8. C. VII. 35. In einigen dieser Stellen wird deutlich auf die Restitution hingewiesen.

Verjährung der actio doli[1051]). 3) Wer die Klage, welche er gegen einen Pupillen hat, gegen den falsus tutor anstellt und darüber die Verjährung ablaufen läßt, hat die Wahl zwischen der Restitution und dem Regreß gegen den Tutor; die erste gilt allgemein; der Regreß nur, wenn der Tutor in mala fide war[1052]). Was aber von der Ausschließung der Restitution bemerkt worden ist, muß noch vielmehr von jeder längeren Verjährung gelten. — Im heutigen Rechte ist nach unserer früheren Ausführung, da infolge der Reichsgesetzgebung der Unterschied zwischen tutela impuberum und cura minorum nicht mehr stattfindet, sondern Minderjährige ohne Unterschied, ob sie nach römischem Rechte impuberes oder puberes sind, unter einer Vormundschaft, der Altersvormundschaft stehen, und ihre Abhängigkeit von dem Altersvormunde ohne Unterschied ihres Alters ganz dieselbe ist, das Resultat, daß gegen Minderjährige die ordentliche Ersitzung erst von der Volljährigkeit an läuft, desgleichen auch die 30jährige Klagenverjährung, nicht minder auch die außerordentliche Ersitzung von Sachen, welche wegen besonderer Qualitäten der Sachen der ordentlichen Ersitzung entzogen sind. — Häufig ist behauptet worden, daß den Kirchen die Restitution gegen den Ablauf der 40jährigen Verjährung im kanonischen Rechte eingeräumt worden sei. Die hierauf bezügliche kanonische Gesetzstelle[1053]) spricht davon, daß Kirchen contra lapsum temporis restituirt werden sollen. Da dieselben jedoch im allgemeinen die Rechte der Minderjährigen haben[1054]), so müssen sie bei der Klagenverjährung theils ipso iure geschützt sein, theils auch nicht einmal durch Restitution. Daher kann ihre eben erwähnte Restitution gar nicht auf die Klagenverjährung bezogen werden. Ebensowenig kann solche auf die 40jährige Ersitzung gegen Kirchen bezogen werden, da diese ursprünglich nur eine Verjährung der Eigenthumsklage war und erst durch Justinian den Charakter der Ersitzung erhalten hat. Die gedachte Restitution ist auf andere Zeitversäumnisse, namentlich auf die bei den Proceßfristen zu beziehen[1055]). — Was das Besondere betrifft, so konnte 1) eine Restitution der Minderjährigen vor Justinian gegen die Verjährung sehr wichtig sein. Sie wird namentlich bei der usucapio erwähnt[1056]), sowie auch bei den vom Prätor für die

1051) L. 3. C. de dolo malo. (II. 20. (21.))
1052) L. 1. §. 6. L. 7. pr. D. 27. 6.
1053) Clem. un. de restit. (I. 11.)
1054) Cap. 1. 3. X. II. 41.
1055) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 489. Savigny a. a. O. Bd. 3, S. 426.
1056) L. un. C. Si adv. usucap. (II. 35. (36.)). Gegen die Ansicht derjenigen, welche die blos geschichtliche Bedeutung dieser Stelle nicht zugeben und zwischen Anfang und Fortgang einer usucapio unterscheiden, dergestalt, daß eine angefangene usucapio gegen Minderjährige fortlaufe, so daß es hier einer Restitution bedürfe, eine noch nicht angefangene, aber nach den neueren Vorschriften des Justinianeischen Rechtes gar nicht zu laufen anfange, erklärt sich schon Boehmer, Exercit. ad Pand. T. V. Exerc. 84. §. 7 sq. sowie auch Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 490, N. 490.

bonorum possessio aufgestellten Fristen[1057]). Im Justinianeischen Rechte kann eine Restitution der Minderjährigen gegen Verjährung nicht mehr vorkommen, da nach Justinian's Verordnung[1058]) in allen Fällen, wo das frühere Recht der Verjährung ihren Lauf gelassen, aber doch durch Restitution geholfen hatte, also in allen Fällen der Verjährung unter 30 Jahren, die Verjährung schon ipso iure unstatthaft sein soll, gegen die 30jährige Verjährung aber nach dem früher Bemerkten Restitution nicht stattfindet. Im heutigen Rechte ist nach unserer früheren Ausführung gar kein Raum für Restitution der Minderjährigen gegen Verjährung. 2) Da, wo überhaupt nach Art der den Minderjährigen zu ertheilenden Restitution eine außerordentliche Rechtshilfe eintritt, namentlich bei den Gemeinden, ist auch die Restitution gegen Verjährung, sofern sie überhaupt zulässig ist, nicht zu verweigern, also in allen Verjährungen unter 30 Jahren. Bei Kirchen und milden Stiftungen ist die Anwendung noch besonders beschränkt, dadurch, daß die 10- und 20jährige Verjährung ohnehin ausgeschlossen ist. 3) Auf den Grund einer die Verfolgung der Ausübung des Rechtes hindernden Abhaltung kann und muß eine Restitution auch noch nach Justinianeischem Rechte nachgesucht werden. Sie kann vorkommen, theils wenn die Abhaltung in der Person dessen eintritt, welcher durch die Verjährung leiden soll, theils wenn eine Abhaltung in einer Unzulänglichkeit der zur Rechtsverfolgung erforderlichen Gerichtsbehörde oder in einem in der Natur der Sache liegenden natürlichen Hindernisse der Rechtsausübung besteht. Sie findet sich in diesen Beziehungen bei der usucapio[1059]), bei der Aufhebung der Servituten durch Nichtgebrauch[1060]), bei der longi temporis praescriptio[1061]) und wo sonst ein Anspruch durch den Ablauf einer Frist verloren geht[1062]). Wo die Verjährungsfrist in einem tempus utile besteht, bei dessen Berechnung außerordentliche Abhaltungen ohnehin berücksichtigt werden, findet sich diese Restitution natürlich nicht erwähnt. Ursprünglich war es noch ein sehr wichtiger Fall der Restitution, wenn die Abhaltung darin bestand, daß der Verjährende in einer Lage war, welche dessen Belangung verhinderte. Ob in diesem Falle im neuesten Rechte noch eine Restitution vorkomme, seitdem Justinian ein Mittel an die Hand gegeben hat, durch Protestation den Lauf einer jeden Verjährung zu unterbrechen[1063]), ist eine

---

1057) L. 2. C. Si ut omissam hered. (II. 39. (40.))

1058) L. 5. C. in quib. caus. in int. rest. necess. non est. (II. 40. (41.))

1059) L. 1. §. 1. D. 4. 6. L. 82. §. 1. D. 30. L. 24. C. III. 32.

1060) L. 1. §. 1. D. 4. 6.

1061) Als Personen, welche durch die longi temporis praescriptio nicht leiden sollen, werden genannt: 1) die auf einem Feldzuge begriffenen Soldaten. L. 1. 8. C. VII. 35. 2) Andere in öffentlichen Angelegenheiten (rei publicae causa) abwesende Personen. L. 2. 4. C. VII. 35. 3) Kriegsgefangene. L. 6. C. eod.

1062) L. 1. §. 1. D. 4. 6.

1063) L. 2. C. VII. 40.

Streitfrage, über welche bereits in einem früheren Artikel gehandelt worden ist[1064]), wo man sich für die Anwendbarkeit der Restitution ausgesprochen hat. 4) Ob aus dem Grunde der Unwissenheit eine Restitution stattfinden könne, ist eine sehr bestrittene Frage, welche aber bereits in dem, was im Eingange dieses Abschnittes sub E. bemerkt worden ist, ihre Erledigung findet.

F. Gerichtliche Geltendmachung des Verjährungsrechtes. — Nothwendigkeit der Berufung auf Verjährung. Es ist viel darüber gestritten worden, ob es nothwendig sei, daß derjenige, welcher die Verjährung für sich hat, sich bei den gerichtlichen Verhandlungen auf dieselbe berufe oder ob der Richter von selbst darauf Rücksicht zu nehmen habe, wenn aus der ganzen Lage des Rechtsstreites sich ergiebt, daß die Verjährung begründet ist[1065]). Insbesondre ist dies rücksichtlich der Klagenverjährung bestritten und kann nur bei dieser und höchstens noch bei der Servitutenverjährung durch Nichtgebrauch in Frage kommen. Nur das Erstere kann für richtig gehalten werden. Die Gründe dafür sind schon in einem früheren Artikel entwickelt worden, auf den deshalb verwiesen wird. Allerdings muß man Unterholzner darin beipflichten, daß es nicht darauf ankomme, daß die exceptio praescriptionis förmlich vorgeschützt werde, sondern daß es genüge, wenn derjenige, welcher wegen einer Schuld belangt wird, die Verjährung zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber doch deutlich zu erkennen giebt, daß er eine Entbindung erwarte, weil der Kläger es mit seinem Anspruche so lange habe anstehen lassen. Eine Hinweisung auf den Zeitablauf als rechtliches Schutzmittel darf aber schon deshalb nicht fehlen, weil sonst der Gegner keine Veranlassung hat, sich darüber zu erklären, ob er z. B. nicht behaupten und beweisen könnte, daß eine Unterbrechung der Verjährung eingetreten sei. Dagegen ist Schäffer darin beizupflichten, daß allerdings rücksichtlich des Ablaufes der Frist zur Restitution überwiegende Momente vorhanden sind, welche für dessen Berücksichtigung von richterlichen Amtswegen sprechen. Hier handelt es sich nämlich um eine Rechtswohlthat, welche gleich anfangs nur unter der Voraussetzung der Geltendmachung innerhalb einer bestimmten Frist zugestanden wird. Bei der Klagenverjährung erscheint die Verjährung als Stoff einer Einrede, durch welche ein nur auf dem Wege der Einrede zerstörbares Recht elidirt wird; hier ist sie nur das Ende einer

---

1064) Vgl. den Artikel Protestation Bd. VIII, S. 515 flg.

1065) Diese Streitfrage ist in neuerer Zeit erörtert von Krüll, im Archiv f. civil. Praxis Bd. I, S. 402 flg. Lotz, ebd. S. 412 flg. Löhr, im Archiv Bd. X, S. 77 flg. Schäffer, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. IX, S. 104. Von diesen wollen Krüll und Löhr, die Einrede der Verjährung der Klage, Schäffer auch die der Verjährung der Restitution von richterlichen Amtswegen berücksichtigt wissen, welchem auch Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. 1, Nr. 2, S. 10 flg. beipflichtet. A. M. ist Lotz und Schäffer, letzterer bei den actiones perpetuae. Vgl. auch den Artikel Proceß Bd. VIII, S. 674 flg.

peremtorischen Frist. Zwar ist immer bei der Klagenverjährung von einer praescriptio oder exceptio, wodurch die verjährte Klage zurückgewiesen werde (und zwar ohne Unterschied zwischen temporales und perpetuae actiones) die Rede, niemals aber von einer praescriptio oder exceptio wegen versäumter Restitutionsfrist. Auch enthält eine Coderstelle[1066]) eine directe Bestätigung dieser Ansicht. Im römischen Rechte ist bestimmt, daß innerhalb des quadriennium nicht nur das Restitutionsgesuch vorgebracht, sondern auch die Verhandlung darüber geendigt sein müsse. Diese Bestimmung würde schwerlich gegeben worden sein, wenn es nicht als Sache des Richteramtes angesehen worden wäre, nach Ablauf des quadriennium keine Restitution mehr zu ertheilen. Die erwähnte Stelle schreibt nun weiter vor, daß, wenn der Restitution Suchende um einen Aufschub des Verfahrens bitte, dieser ihm bewilligt werden solle, falls er noch in die Restitutionsfrist falle; dann heißt es: sin vero eiusmodi postulantur curricula, quae intra spatium receptum angustari nequeunt, dilationem petitori denegari conveniet. Der Richter durfte also dem Kläger keine Frist ertheilen, durch welche die Restitutionsertheilung über das quadriennium hinausgeschoben worden wäre. Da hier der Fall zeitiger Nachsuchung der Restitution vorausgesetzt ist, mithin von einer Einrede der Verjährung noch keine Rede sein kann, so folgt, daß der Richter von Amtswegen für die Wahrung der Restitutionsfrist zu sorgen hatte, woraus sich auch schließen läßt, daß er nach Ablauf der Restitutionsfrist ein Restitutionsgesuch nicht mehr annehmen und nicht erst eine Einrede abwarten durfte. — Beweis der Verjährung. Wer sich auf Verjährung beruft, hat nur insofern einen Beweis zu führen, als er zu diesem Behufe positive Thatsachen anzuführen genöthigt ist. Denn wenn man behauptet, eine Forderung sei verjährt, so hat man, da die Klagenverjährung auf bloßer Säumniß des Klagberechtigten in der Anstellung der Klage beruht, nichts zu beweisen, indem das Alter der Forderung schon aus der Klage hervorgeht. Es kann zwar noch darauf ankommen, ob nicht die Verjährung durch Anstellung der Klage u. s. w. unterbrochen worden ist. Dem Beklagten kann aber der Beweis einer rein negativen Behauptung, die hier nicht Bedingung seiner Exception der Verjährung ist, nicht aufgebürdet werden dahin, daß er zu beweisen habe, eine solche Unterbrechung habe nicht stattgefunden; vielmehr wird es dem Kläger obliegen, zu beweisen, wenn er behauptet, daß er seine Forderung gerichtlich geltend gemacht oder sonst verwahrt habe. Dagegen muß bei einer auf dem Besitze beruhenden Verjährung der Besitz sowohl als dessen erforderliche Dauer nachgewiesen werden. Bei der Eigenthumsersitzung, wo körperliche Sachen Gegenstand der Ersitzung sind, ist dies außer Streit. Hier muß sich der Ersitzende während der ganzen Dauer der Ersitzungszeit im Besitze befunden haben, und ein Verlust des Besitzes während dieser Zeit

1066) L. 6. C. de tempor. in int. rest. (II. 52. (53.))

würde eine Unterbrechung der Verjährung zur Folge haben. Desto bestrittener ist die Frage über den zu führenden Beweis, wenn es sich um den Beweis einer Ersitzung handelt, bei solchen Rechten, welche ihrer Natur nach eine fortwährende Ausübung durch menschliche Handlungen nicht zulassen (sog. iura discontinua). Da wir uns über den zu führenden Beweis bereits in einem anderen Artikel dieses Werkes ausgesprochen haben, so genügt eine Verweisung hierauf[1067]. — Was die Frage anlangt, inwiefern der Verjährende die Redlichkeit seines Besitzes beweisen müsse, so ist, da die Unbekanntschaft mit der Mangelhaftigkeit einer Eigenthumserwerbung, der Natur der Sache nach, als reine Negative, nicht einmal einen Beweis zuläßt, bei der ordentlichen Ersitzung zum Beweise, daß der Besitz die Eigenschaft des Ersitzungsbesitzes habe, nur der Nachweis des iustus titulus von Seiten des Besitzerwerbers nothwendig, worauf dann dessen Unbekanntschaft mit dem Mangelhaften seiner Erwerbung so lange zu vermuthen ist, bis das Gegentheil dargethan wird[1068]. Zwar wollen die gewöhnlichen für diese Ansicht angeführten Gründe nicht viel bedeuten[1069]. Dagegen kann allerdings mit Unterholzner die sehr allgemein ausgedrückte Regel: praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur[1070] zur Unterstützung der Ansicht, welche eine Vermuthung für die bona fides aufstellt, geltend gemacht werden. Entschieden unrichtig ist es aber, wenn Möllenthiel[1071] die für die bona fides streitende Vermuthung daraus erklären will, weil jeder Besitzer im Streite über das Eigenthum den Vortheil

---

1067) Vgl. den Artikel Servituten Bd. X, S. 311 flg.

1068) Diese Ansicht ist auch die in der Praxis allgemein angenommene. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 498, N. 498 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

1069) Die dafür angeführten Stellen (L. 18. §. 1. D. 22. 5. L. 30. C. de evict. (VIII. 44.)) beweisen nichts. In der ersten Stelle ist davon die Rede, daß derjenige, welcher einen Anderen des dolus beschuldige, wenngleich in einer Einrede, den dolus beweisen müsse. Hier handelt es sich aber offenbar um bestimmte Thatsachen, welche einen dolus des Anderen begründen, nicht um die sog. exceptio doli generalis; solche Thatsachen muß derjenige, welcher sie behauptet, selbstverständlich erweisen. Die zweite Stelle sagt blos, daß daraus, daß aus der vom Käufer bei dem Kaufcontracte verlangten und erwirkten duplae stipulatio für den Fall der Eviction derselbe nicht für überführt geachtet werden könne, Kenntniß von dem Eigenthum eines Dritten an der Sache gehabt zu haben. Diese Stelle kann umsoweniger beweisen, als die duplae stipulatio ein naturale des Kaufcontractes war, welche der Käufer jedenfalls zu verlangen ein Recht hatte (L. 37. pr. §. 1. D. 21. 2. L. 31. §. 20. D. 21. 1.) und bezweckte, eine bestimmte Summe statt des sonst nachzuweisenden Interesse für den Fall der Eviction festzustellen. Es konnte mithin aus dieser ganz gewöhnlichen und sich von selbst verstehenden Caution, welche der Käufer verlangte, gar kein Schluß auf seine bona oder mala fides gezogen werden.

1070) Cap. 47. de regul. iur. in VI. V. 12.

1071) Möllenthiel, von der Natur des guten Glaubens bei der Verjährung S. 22, N. 70. Siehe dagegen Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 499 flg.

genieße, daß der Gegner beweisen müsse, um zu gewinnen. Der Kläger, welchem die Beweislast obliege, habe daher auch den zu seinem Klaggrunde gehörigen Umstand, daß Beklagter (der bei der Vindication nur Besitzer sein könne) im bösen Glauben sich befinde, zu beweisen. Der hier erwähnte Vortheil des Besitzers findet nur insoweit statt, als der Besitzer es mit einem ganz unbegründeten Anspruche zu thun hat und dann gilt er nicht blos für die eigentliche bona fides, sondern auch für den iustus titulus. Allein schon wenn jemand mit der Publiciana in rem actio klagt und der Beklagte behauptet, als redlicher Besitzer ein besseres Recht zu haben, muß der Beklagte seinen redlichen Besitz beweisen, indem er einen iustus titulus nachweist, wo alsdann im übrigen seine Unwissenheit vermuthet wird. Noch mehr ist dieses der Fall, wenn der Eigenthümer klagt und Beklagter sich auf die Ersitzung beruft; hier muß der Beklagte, obgleich er Besitzer ist, sich auf einen iustus titulus berufen und denselben, wenn Kläger sein Eigenthum bewiesen hat, erweisen. Muß nun aber vollends der Ersitzende als Kläger auftreten, weil er den Besitz verloren hat, so kann ihm der Vortheil des Besitzes gar nicht weiter zu Statten kommen. Indessen ändert dies an der Beweislast hier nichts; der iustus titulus ist natürlich auch hier zu erweisen, aber die bona fides, insofern sie getrennt von ihm gedacht wird, wird vermuthet. Bei der außerordentlichen Ersitzung bedarf es nicht einmal des Beweises des iustus titulus, sondern die bona fides wird ohne weiteres vermuthet, bis der Gegner das Gegentheil erweist. Wer seinen Besitz als einen redlichen darstellen will, indem er sich auf einen entschuldbaren Irrthum beruft, welcher ihn zu dem Glauben an einen vorhandenen Titel veranlaßt habe, der muß den Beweis der Thatsachen führen, welche den Irrthum bewirkt haben; denn die bona fides wird nur insoweit vermuthet, als sie lediglich etwas Verneinendes ist. Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch die Beweislast, wenn der Ersitzende sich auf accessio possessionis beruft. So wird im Falle der Universalsuccession der Erbe nicht die bona fides des Erblassers, sondern nur dessen iustus titulus zu erweisen haben; nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes wird ihm ebensowenig der Beweis seiner eigenen bona fides obliegen, sondern diese bis zum Beweise des Gegentheiles vermuthet werden. Wer als Singularsuccessor sich auf accessio possessionis beruft, hat den iustus titulus seiner Vorgänger, deren Besitz er sich zurechnen will, und seinen eigenen iustus titulus zu erweisen; die bona fides der Vorgänger und seine eigene wird bis zum Beweise des Gegentheiles vermuthet.

Zweite Abtheilung. Unvordenkliche Verjährung [1072]).

Einleitung. Die Namen, womit dieses Institut bezeichnet wird, sind mannigfaltig; unvordenkliche Zeit, unvordenk-

1072) Die besonderen Schriften über diesen Gegenstand sind aufgezeichnet

licher Besitz, unvordenkliche Verjährung, ebenso immemoriale tempus, possessio immemorialis, praescriptio immemorialis. Gegen die lateinischen neueren Kunstausdrücke, obwohl sie sprachlich zu tadeln sind, läßt sich in der Sache nichts einwenden, da die in den Quellen vorkommenden Umschreibungen: quod memoriam excedit und cuius memoria non exstat, im wesentlichen dasselbe sagen. Die unvordenkliche Zeit ist in ihrer Wirkung der Ersitzung verwandt. Wo die Ersitzung wirklich begründet ist, da kann von der unvordenklichen Zeit, deren Bedingungen schwerer zu erfüllen sind, nicht die Rede sein. Die unvordenkliche Zeit erscheint so sogleich als Surrogat, als Aushilfe für solche Fälle, worin die Ersitzung nicht ausreicht, so daß die erste Aufgabe sein muß, die Fälle des Bedürfnisses und der Anwendung dieses ergänzenden Institutes genau zu bestimmen. Ein solches Bedürfniß aber ist auf zweifache Weise denkbar, erstens für Fälle, worin die Bedingungen der Ersitzung fehlen, zweitens für Gegenstände, worauf die Ersitzung überhaupt nicht anwendbar ist. Vor der Angabe dieser Fälle muß man den Blick auf ein außerhalb des Privatrechtes liegendes Gebiet, auf das Staatsrecht richten. Im Staatsrechte nämlich kommen nicht selten Fälle vor, in welchen die sichere Erledigung schwankender, zweifelhafter Verhältnisse, welche im Privatrechte durch Ersitzung oder Klagenverjährung bewirkt wird, als ein ebenso unabweisbares Bedürfniß erscheint. In Ermangelung eines ordnenden Eingreifens eines Gesetzgebers auf diesem Gebiete bricht sich das Bedürfniß zwar auch seine Bahn, jedoch so, daß die festen Zeitgrenzen, welche sich überall im Privatrechte finden, fehlen. Wenn der gegenwärtige Zustand

---

in Lipenius, bibl. real. iurid. s. v. praescriptio immemorialis (T. II. p. 195 sq.) und in den Ergänzungen zu diesem Werke (T. I. p. 395. T. III. p. 1158. T. IV. col. 920.) und bei Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 4, S. 480. Zu bemerken sind: Boehmer, Ius eccl. Prot. Lib. II. Tit. 26. §. 35—45. Wernher, Observ. for. T. I. P. 4. Obs. 5. Kress, disp. de genuina natura et indole vetustatis seu praescriptionis immemorialis. Helmst. 1734. Pufendorf, Observ. iur. univ. T. I. Obs. 151. T. II. Obs. 54. 55. Neller, Opuscula Vol. II. P. I. (Colon. 1788.) Op. II—V. Thibaut, Besitz und Verjährung S. 178—202. de Ahlefeldt-Laurvig, de praescriptione immemoriali. Havniae 1821. Kritz, über unvordenkliche Verjährung (in dessen Abhandl. über ausgewählte Materien des Civilrechtes (Leipzig 1824) S. 146—231). Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 140—150. Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. 2, S. 3—147. Bd. 7, S. 175—312. Schelling, die Lehre von der unvordenklichen Zeit. München 1835. Arndts, Beiträge (Bonn 1837) Nr. III. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 4, §. 195—201, S. 480—535. Buchka, der unvordenkliche Besitz des gemeinen teutschen Civilrechtes. Heidelberg 1841. Pfeiffer, über den altgermanischen Ursprung der Lehre vom unvordenklichen Besitze, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. VIII, S. 1—21 (1843). Friedländer, die Lehre von der unvordenklichen Zeit. Marburg 1843. Huschke, zur Lehre von der unvordenklichen Zeit, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. IV, S. 301 flg. (1847). Ortloff, in den jurist. Abhandl. und Rechtsfällen, herausgegeben von Ortloff, Heimbach und Vermehren Bd. 2, Nr. II (1857).

öffentlicher Verhältnisse schon so lange besteht, daß das jetzt lebende Geschlecht keinen anderen gekannt, ja daß es selbst von seinen nächsten Vorfahren keinen anderen, als von diesen selbst erlebt, erfahren hat, dann ist die Annahme möglich und zulässig, daß dieser Zustand mit den Ueberzeugungen, Gefühlen und Interessen des Volkes gänzlich verschmolzen ist, und so ist dasjenige vollendet, was die publicistische Verjährung genannt werden könnte. Gerade dieses ist nun der Charakter, welcher von den Juristen der unvordenklichen Zeit zugeschrieben wird. Das Urbild derselben findet sich, was besonders Savigny hervorgehoben hat, im öffentlichen Rechte. Dadurch lassen sich nun auch die Fälle ihrer Anwendung im Privatrechte genauer bestimmen. Im Privatrechte giebt es manche Rechte, welche nicht unmittelbar auf dem Boden desselben entsprungen sind, sondern aus einer publicistischen Einwirkung auf das Privatrecht herrühren. Manche Rechte, welche jetzt allgemein als Gegenstände des Privatrechtes betrachtet werden, sind ursprünglich dem öffentlichen Rechte angehörig. Man denke nur an die sog. Feudallasten, welche meistens aus der Gutsherrlichkeit, einer obrigkeitlichen Gewalt, herrühren, an die Zwangs- und Bannrechte und andere Befugnisse, welche als Ausflüsse einer über einen ganzen District sich erstreckenden staatlichen Gewalt erscheinen. Der Natur solcher Rechte ist es nach Savigny angemessen, ihre Erwerbung im einzelnen auf publicistische Regeln zurückzuführen. Wo daher die zweifelhafte Entstehung eines solchen Rechtes auf das Bedürfniß führt, eine Entscheidung durch Zeitablauf eintreten zu lassen, da wird nicht die privatrechtliche Ersitzung, sondern die erwähnte publicistische Verjährung das angemessene Mittel für diesen Zweck sein. Daher bestimmt Savigny den Begriff der unvordenklichen Zeit so: Sie ist das Surrogat der Ersitzung bei solchen Rechten, auf welche nach ihrer publicistischen Natur und Entstehungsart die Ersitzung nicht anwendbar ist. Man kann diesem nur im ganzen beitreten, glaubt aber doch den Begriff noch etwas weiter fassen zu müssen. Bei mehreren jetzt dem Privatrechte angehörigen Befugnissen, welche ursprünglich dem öffentlichen Rechte angehören, ist die Erinnerung an deren publicistischen Ursprung so vollständig aus der Volksüberzeugung und dem Bewußtsein der Juristen verschwunden, daß sie seit langer Zeit in der Doctrin und Praxis als lediglich in den Kreis des Privatrechtes gehörig betrachtet worden sind; daß sie als Gegenstand von Besitz und Eigenthum angesehen und auch der Ersitzung für fähig gehalten werden. So verhält es sich namentlich mit den gutsherrlich-bäuerlichen Lasten[1073]). Hier kann es vorkommen, daß die Erfordernisse der Ersitzung nicht erweislich sind, wohl aber ein unvordenklicher Besitzstand. Soll z. B. der Beweis der Laudemialpflicht eines bestimmten Grundstückes geführt werden, so kann dies möglicher Weise durch Er-

---

1073) Vgl. darüber die weitere Ausführung in dem Artikel Reallasten Bd. IX, S. 54 flg., 62 flg.

ſitzung geſchehen, deren Erforderniſſe aber auch dann in Bezug auf dieſes Grundſtück vollſtändig vorhanden ſein müſſen. Es iſt aber auch möglich, daß in Bezug auf dieſes einzelne Grundſtück die Erforderniſſe der Erſitzung nicht vorhanden ſind; wohl aber iſt erweislich, daß über Menſchengedenken hinaus in allen derartigen Fällen die Beſitzer der Grundſtücke in dem Diſtricte, in welchem das fragliche Grundſtück liegt, Lehenwaare entrichtet haben und kein entgegengeſetzter Fall der Nichtentrichtung vorgekommen iſt. In einem ſolchen Falle die Zuläſſigkeit der unvordenklichen Verjährung leugnen zu wollen, wäre nicht zu rechtfertigen. Es iſt aber freilich wieder nicht zu leugnen, daß hier der Beweis der unvordenklichen Zeit gewiſſermaßen mit dem des alten Herkommens, des Gewohnheitsrechtes zuſammenfällt. Indeſſen können bei ſolchen urſprünglich dem öffentlichen Rechte angehörigen Verhältniſſen die Begriffe Verjährung und Herkommen nicht ſo ſtreng geſchieden werden[1074]). Hiernach wird alſo der Begriff der unvordenklichen Verjährung noch weiter dahin zu faſſen ſein, daß ſie Surrogat der Erſitzung in denjenigen Fällen ſei, wo deren Erforderniſſe im einzelnen Falle nicht erweislich ſind oder kurz, ſie iſt das Gewohnheitsrecht in publiciſtiſchen Verhältniſſen. — Von alter Zeit her iſt das römiſche Recht als die wahre Quelle und Grundlage der unvordenklichen Verjährung angeſehen worden. Alle älteren Schriftſteller behandeln es als eigentliche Grundlage und die ganze praktiſche Ausbildung des Inſtitutes iſt aus einzelnen Stellen des römiſchen Rechtes hervorgegangen. In der neueren Zeit iſt dies zwar beſtritten worden. Schon Mittermaier[1075]) macht darauf aufmerkſam, daß nach germaniſchen Rechtsquellen der Satz entſcheide, daß der Richter vor Allem in Bezug auf Beſitzſtand auf dasjenige Rückſicht zu nehmen habe, was ſeit langer Zeit begründet war. Dieſer Satz iſt ganz unzweifelhaft. Aus ihm allein erklärt ſich die bei den Praktikern der früheren Zeit aufgeſtellte Anſicht, daß es bei dem ſog. possessorium ordinarium auf den längeren und älteren, reſp. beſſeren Beſitzſtand ankomme, eine Anſicht, welche in den Proceßordnungen der Länder ſächſiſchen Rechtes Anerkennung und Beſtätigung gefunden hat. Dieſe Anſicht harmonirt ganz und gar mit den Grundſätzen des teutſchen Rechtes von der Gewere, wonach derjenige, welcher älteren Beſitz behaupten kann, dem gegenwärtigen Beſitzer vorgeht und wer rechten Erwerb des Beſitzes behaupten kann, den Vorzug vor dem älteren Beſitzer hat[1076]). Auf die im kanoniſchen Rechte enthaltene Entſcheidung eines

1074) Vgl. den Artikel Reallaſten Bd. IX, S. 70 flg.

1075) Mittermaier, IV. Beitrag zum gem. teutſchen bürgerlichen Proceß (4. Aufl.) S. 291.

1076) Dieſe Grundſätze des altteutſchen Rechtes ſind ausführlich erörtert und aus den mittelalterlichen Rechtsquellen nachgewieſen von Delbrück, der Schutz des Eigenthums und des Beſitzes nach älterem teutſchen Rechte, in der Zeitſchrift für teutſches Recht Bd. XIV, Nr. 7, S. 206 flg., beſonders §. 4, 5, S. 221—236.

Besitzstreites[1077]), auf welche die ältere Theorie das possessorium ordinarium gegründet hat, ist jene altgermanische Lehre von der Gewere unzweifelhaft von Einfluß gewesen, indem ganz derselben gemäß entschieden worden, und, ist auch in der fraglichen Stelle von dem römischen interdictum uti possidetis die Rede, nicht abzusehen ist, wie der Pabst darauf gekommen sein sollte, auf den älteren, bezüglich besseren Besitz Gewicht zu legen, da nach römischem Rechte in dem Besitzstreite es weder auf das Alter, noch auf die Titulirung des Besitzes ankommt. So unzweifelhaft jener von Mittermaier aufgestellte Satz ist, so bedenklich ist die daran geknüpfte Bemerkung[1078]), daß sich auch daraus die Lehre vom unvordenklichen Besitze erkläre. Diese Andeutung hat Buchka[1079]) auf geschichtlichem Wege mittelst urkundlicher Nachweisungen aus der Zeit des Mittelalters in der Weise auszubeuten versucht, daß derselbe, nach Vorausstellung der allgemeinen Behauptung: der unvordenkliche Besitz gehöre zu den vielen teutschen Rechtsinstituten, welche, mit Verkennung ihres wahren geschichtlichen Ursprunges, von der früheren Doctrin allgemein als römische aufgefaßt worden seien, als Ergebniß jener urkundlichen mittelalterlichen Nachweisungen ausspricht, daß das teutsche Recht die Quelle dieses Institutes bilde und der gemeinrechtliche unvordenkliche Besitz seinen Ursprung in der, aus den altteutschen Weisthümern zu entwickelnden, Theorie des Herkommens finde, die in dem kanonischen Rechte und in den Reichsgesetzen vorkommenden Bestimmungen aber nur eine Anerkennung der altteutschen Rechtsansicht über das Herkommen enthielten und das römische Recht nur irrthümlich mit eingemischt worden sei[1080]). Die meisten der von Buchka aus alten Urkunden, namentlich aus Grimm's Weisthümern mitgetheilten Beweisstellen haben nur im allgemeinen eine Anerkennung, bezüglich Zuerkennung von Rechten und Freiheiten, wie solche „von Alter her alsokommen und herbracht worden", zum Gegenstande. Daß aber altes Herkommen einen vollgiltigen Grund abgebe, an dem einmal Bestehenden nichts zu ändern und als ein solcher Grund insonderheit auch in streitigen Fällen gegen versuchte Neuerungen geltend gemacht werden könne, liegt so sehr in der Natur der Sache, daß es zu dessen Annahme gar nicht der Unterstellung einer besonderen, dessen Gebrauch unterstützenden, Rechtsnorm bedarf. Von jeher und bei allen Völkern wurde im Gebiete des Privatrechtes wie in dem des Staatsrechtes und Völkerrechtes dem altherkömmlichen Besitze der Charakter eines rechtmäßigen zugestanden, und man kann demgemäß, wo in einzelnen Fällen sich zur Erlangung des gerichtlichen Schutzes im Besitze

1077) Cap. 9. X. II. 19.

1078) Mittermaier a. a. O. N. 29.

1079) Buchka, der unvordenkliche Besitz des gemeinen teutschen Civilrechtes. Heidelberg 1841. Siehe dagegen Pfeiffer, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. VIII, Nr. I, S. 1 flg.

1080) Buchka a. a. O. S. 5, 15, 21.

gegen neuere Störungen desselben auf den damit übereinstimmenden altherkömmlichen Zustand bezogen, und von dessen Nachweisung die Entscheidung abhängig gemacht worden ist, darin nichts weiter, als die wirkliche Anwendung jenes in der Natur der Sache begründeten, allgemein anerkannten Auskunftsmittels der Schlichtung von Besitzstreitigkeiten finden. Mehrere andere der von Buchka aus den Weisthümern mitgetheilten Beweisstellen sind allerdings specielleren Inhaltes und erwähnen namentlich einer Beweisführung, welche auf das Vorhandensein einer Unvordenklichkeit (im grammatischen Sinne) gerichtet ist. Allein wenn auch in einem Verfahren jener Art zum Zwecke der Ausmittelung des von dem Kläger behaupteten altherkömmlichen Zustandes die Vernehmung alter Zeugen über die ganze Zeit ihrer Erinnerung, und insbesondre auch deren Erklärung über dasjenige, was sie etwa von ihren Vorfahren über den betreffenden Zustand gehört oder ob sie gar nichts von diesen gehört hätten, für nöthig erachtet wurde, so ist doch hierin nur wieder die einfache Benutzung desjenigen Weges zu erblicken, welchen schon der natürliche Verstand einem Jeden als den am meisten geeigneten bezeichnet, um sich eine möglichst zuverlässige Kunde von dem wirklichen Dasein eines von Alters her bestehenden, erst durch die Neuerungen des Beklagten gestörten, Zustandes zu verschaffen; ohne daß bei der Anwendung dieses einfachen natürlichen Mittels an etwas dem teutschen Rechte Eigenthümliches oder aus dem römischen Rechte Entlehntes zu denken wäre. Auch bei dieser Art der Ausmittelung waltet, wenn man sie auf einen allgemeinen Rechtsgrund zurückführen will, doch kein anderer, als der für die Aufrechterhaltung des alten Herkommens gegen neuere Störungen oben angeführte ob, welchen schon Kaiser Friedrich I., indem er einem, Menschengedenken überschreitenden, Besitzstande seinen kaiserlichen Schutz zusicherte, als Motiv hierzu in einer später noch zu erwähnenden Urkunde vom J. 1288 dahin aussprach: quia decet firmum semper existere, quod antiquitate et diuturna possessione commendatur. Von Pfeiffer[1081]) wird nun die Behauptung aufgestellt, das folgerichtige Ergebniß einer auf dem angegebenen Wege bewirkten Nachweisung und darauf gegründeten Entscheidung über den vom Kläger behaupteten althergebrachten Zustand könne kein anderes sein, als vorläufige Beibehaltung des alten Zustandes, bis der Beklagte seinen gegentheiligen Zustand als rechtlich begründet dargethan haben werde, mithin ein bloßes Provisorium oder ein Erkenntniß über den Besitzstand. Darin sei doch aber gewiß kein eigenthümlich teutsches Rechtsinstitut, kein mit demjenigen, welches uns das römische Recht und nach ihm das kanonische in dem über Menschengedenken ausgeübten Besitze als stellvertretendes Mittel der Rechtserwerbung darbietet, in irgend einer Weise vergleichbares zu finden; kein solches namentlich, welches, wie im römischen Rechte ausdrücklich geschieht, dem unvordenk-

---

1081) Pfeiffer a. a. O. S. 4 flg.

lichen Besitze gleiche rechtliche Wirksamkeit wie einem Vertrage oder Gesetze verleiht, und dasjenige, was über Menschengedenken bestanden hat, in gleiche Linie mit dem durch einen besonderen Rechtstitel Begründeten stellt. Zu einem solchen, mit selbstständig wirkender Kraft versehenen Institute bedürfe es ganz nothwendig einer positiven Grundlage, für welche jedoch wirklich erweisbares, traditionelles Recht unbedenklich gelten könne. Hierbei scheint uns aber im ganzen übersehen zu sein, daß im älteren teutschen Rechte die Besitzfrage und Rechtsfrage infolge der Grundsätze über die Gewere gar nicht so geschieden waren, wie im römischen und kanonischen Rechte und nach unseren heutigen Rechtsansichten, sondern regelmäßig zusammenfielen; daß im älteren teutschen Processe alles Gewicht auf die Frage fällt, welchem Theile das Recht zur Beweisführung gebühre; daß die Grundlage des Rechtes zur Beweisführung die Gewere ist; daß der Vorrang im Beweise sich zunächst auf die ältere Gewere stützt, welche wieder durch den Vorzug der stärkeren Gewere, d. h. derjenigen, welche auf rechtem Erwerbe des Besitzes beruht, überwunden wird; daß hiernach keiner der streitenden Theile ein absolutes Recht darzuthun braucht, sondern es genügt, wenn sich ergiebt, daß Einer besser berechtigt ist, die Sache zu haben, als der Andere [1082]). Machen wir von diesen Grundsätzen Anwendung auf publicistische Verhältnisse, bei welchen auf das alte Herkommen in den mittelalterlichen Zeugnissen Gewicht gelegt wird, so kann nicht bezweifelt werden, daß, da auch bei diesen eine Gewere stattfand [1083]), bei Streitigkeiten die Grundsätze von der Gewere, bezüglich dem Vorzuge der älteren und besseren Gewere ebenfalls zur Anwendung kamen, und daß daher auf den althergebrachten Besitzstand vorzügliches Gewicht gelegt wurde, der Gegner aber, welcher denselben gestört hatte, zwar mit dem Beweise einer besseren Gewere zugelassen wurde, damit aber auf den Proceß beschränkt war, in welchem der Besitzstand in Frage kam. Es ist also nicht daran zu denken, daß eine Entscheidung, welche nach vorgängiger Ermittelung ertheilt wurde, den alten Zustand nur vorläufig beibehalten habe, bis der Beklagte seinen gegentheiligen Anspruch als rechtlich begründet dargethan haben wird; vielmehr wurde die Besitz- und die Rechtsfrage ein für allemal definitiv entschieden, schon weil eben beide im älteren teutschen Processe gar nicht geschieden waren, und wer einmal in einem althergebrachten Zustande geschützt war, war es gegen seinen Gegner für immer, so daß diesem nicht noch das Recht, besonders petitorisch zu klagen, zustand. Mithin müssen wir bei publicistischen Verhältnissen im altteutschen Processe der durch ein Urtheil erfolgten Anerkennung eines alten Herkommens, eines althergebrachten Zustandes den Charakter eines Rechtserwerbes beilegen; praktisch hatte sie dieselbe Bedeutung gegen den Gegner, da derselbe nach dem Urtheile mit der Behauptung und

1082) Delbrück a. a. O. S. 260.
1083) Dunker, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. IV, S. 50 flg.

dem Beweise eines besseren Besitzes nicht mehr gehört wurde[1084]). Dagegen hat Pfeiffer mit Recht bemerkt, daß die von Buchka zusammengetragenen Stellen aus Urkunden des Mittelalters, in welchen eine bestimmte Bezugnahme auf unvordenklichen Besitz oder wenigstens eine Andeutung desselben enthalten ist, schon zufolge der einfachen Auffassung ihres Inhaltes wenig dazu geeignet erscheinen, als eine positive Grundlage für den von Buchka vorausgesetzten altgermanischen Ursprung des Rechtsinstitutes der Unvordenklichkeit im Sinne des jetzt bestehenden Rechtes geltend gemacht zu werden. Denn es geht daraus die diesem technischen Begriffe ganz eigenthümliche Richtung der Beweisführung nicht allein darauf, daß ein gewisser Zustand so lange, als die Erinnerung der Zeugen hinaufreicht, bestanden habe, sondern auch, daß dieselben nicht von ihren Vorfahren das Vorhandensein eines gegentheiligen Zustandes vernommen haben, nicht bestimmt hervor oder ist wenigstens nicht deutlich genug daraus erkennbar. Wenn dagegen Pfeiffer ferner ausstellt, daß die nach diesen Urkunden stattgehabte Beweisführung gar nicht zu dem Zwecke und mit dem Erfolge, auf diesem Wege einen selbstständigen Erwerbsgrund des streitigen Rechtes für den Beweisführer zu ermitteln und anzuerkennen, unternommen worden sei, so ist auf das vorher Bemerkte Bezug zu nehmen. Unter den aus den Weisthümern der Grimm'schen Sammlung angeführten Belegen finden sich nur neun aus weit von einander entfernt gelegenen Zeiträumen, welche eine specielle Beziehung auf Unvordenklichkeit zulassen; denn es gehören dahin namentlich diejenigen nicht, welche zwar der Altvordern oder Vorfahren gedenken, aber nicht unter dem Gesichtspunkte des formellen Erforderniſses der Beweisführung über Unvordenklichkeit, daß die Zeugen von ihren Vorfahren das Dasein eines anderen, von dem gegenwärtigen Besitze abweichenden, Zustandes nicht vernommen haben, sondern aus dem Gesichtspunkte eines materiellen Bestandtheiles des von den Betheiligten zu erweisenden Besitzes als eines schon zu der Zeit ihrer (der Beweisführer) Vorfahren bestandenen[1085]). Denn das Zeugniß über Unvordenklichkeit wird nicht erschöpft durch die Aussagen der Zeugen über ihre eigene Kunde von dem langjährigen Bestehen des in Frage stehenden Besitzes, auch wenn solche die Zeit des Besitzes der Vorfahren des dermaligen Beweisführers mit umfaßt, sondern es wird dazu wesentlich auch erfordert, daß den Zeugen nichts von einer gegentheiligen Kunde der Vorfahren bekannt sei. Deshalb fallen aber auch von jenen neun als entscheidende Belegstellen für die Annahme einer Beweisführung über den unvordenklichen Besitz im Sinne des heutigen Rechtes weiter diejenigen aus, welche sich nur auf die Bekundung eines Zustandes, welcher länger, als Jemand gedenken möge, bestanden habe[1086]),

1084) Planck, die Lehre vom Beweisurtheile S. 33, 60 flg., 69 flg.
1085) Grimm, Weisthümer I, 380, 388, 409, 480.
1086) Grimm, ebd. I, 395, 409, 646. II, 759.

ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die Voreltern oder Vorfahren, beschränken. Es bleiben demnach nur übrig die Oeffnung zu Obermetmanstatten: „haben vernommen von ihren Vordern und nie anders“ 1087); die Oeffnung zu Langenerschingen: „wie sie das von ihren Eltern gehört haben“ 1088); die Oeffnung zu Kernau von 1461: „und auch nicht anders gehört haben von ihren Vordern“ 1089); und die Kundschaft über den Wald in Hägbach von 1487: „länger denn zweier Mann Gedächtniß, mehr denn 100 Jahre — wie ihm von seinem Vater, der auch ein 100jähriger Mann, vor seinem Tode worden, desgleichen von anderen Alten mehr gesagt — ein anders vernommen oder gehört“ 1090); wozu noch das Weisthum von Güsten von 1431: „daß wir solches von unsern Vorfahren also gehört haben“ 1091) kommt. Diese letzteren Belegstellen beweisen nun allerdings, daß man in Teutschland den Mangel der Erinnerung an einen dem langjährigen bestehenden Besitze entgegengesetzten Zustand mit in den Kreis der Beweisführung bei der Unvordenklichkeit gezogen habe. Daß man die stattgehabte Beweisführung wirklich zu dem Zwecke, mittelst derselben einen selbstständigen Erwerbstitel für das in Streit befangene Recht zu begründen unternommen, und ihr diese Wirkung beigelegt habe, ergiebt nun zwar keine jener Stellen, wie Pfeiffer bemerkt hat; allein dieser Zweck konnte nach dem, was über den Vorzug der älteren, bezüglich der besseren Gewere bemerkt worden ist, und nach den Grundsätzen des altteutschen Verfahrens, bei dem es sich wesentlich um den Vorzug des Beweises und namentlich darum handelte, welche Partei die nähere zum Eide sei, gar nicht Zweck eines Streites über die Gewere sein. Wenn Buchka als Resultat seiner Untersuchung in dieser Beziehung aufstellt, es sei durch bestimmte Aussprüche der Quellen außer Zweifel gesetzt, daß nach geführtem Beweise der Unvordenklichkeit noch der Gegenbeweis der Unrechtmäßigkeit zugelassen worden sei, so kann dies nur von der späteren Zeit des altteutschen Verfahrens gelten, wo man einen Gegenbeweis zuließ; für die ältere Zeit kann dies nicht gelten, da hier jeder Gegenbeweis unbedingt ausgeschlossen war 1092). Als Wirkung jener Beweisführung der Unvordenklichkeit im altteutschen Rechte kann aber unbedenklich hingestellt werden, daß der durch das Urtheil geschützte unvordenkliche Besitz gegen den Proceßgegner ganz die Stelle dessen, was wir heutzutage einen Erwerbstitel nennen, vertrat, während natürlich gegen Dritte, weil das Urtheil nur unter den streitenden Theilen wirkte, ihm keine Wirksamkeit beigelegt werden konnte. Eine ganz andere

1087) Grimm, I, 56.
1088) Grimm, I, 265.
1089) Grimm, I, 52.
1090) Grimm, I, 398, 399, 402.
1091) Grimm, II, 758. Letzteres Weisthum fügt Pfeiffer den von Buchka angeführten bei.
1092) Planck a. a. O. S. 53, 61.

Frage aber ist es, ob man in jenen von **Buchka** angeführten Weisthümern eine selbstständige, von den Einflüssen des römischen und kanonischen Rechtes unabhängige, Entwickelung des Institutes der Unvordenklichkeit wirklich erkennen könne. Hier hat nun **Pfeiffer** Recht, wenn er diese Frage verneint. Denn diese Weisthümer fallen sämmtlich, soweit ihr Entstehungsjahr bekannt ist, in eine Zeitperiode, während welcher den Weisthümern ihre frühere Bedeutung von selbstständigen Quellen des altgermanischen Rechtes und Zeugnissen über das hierin begründete Herkommen gar nicht mehr zukam. Diese Bedeutung hatten sie vorzüglich bis zu Ende des 13. Jahrhunderts, gegen dessen Ausgang schon das römische und kanonische Recht Einfluß auf die Richtersprüche äußerten, von welchen sich auch die Schöffengerichte nicht ganz frei zu erhalten wußten. Es finden sich auch schon in Stadtrechten im 13. Jahrhundert Anklänge an das römische Recht[1093]. Nun fällt aber gerade dasjenige Weisthum, welches **Buchka** als hauptsächlichsten Beleg für seine Ansicht geltend macht und welches zugleich das einzige ist, welches in der That eine der Beweisführung des heutigen Rechtes über unvordenklichen Besitz auffallend entsprechende Art der Ausmittelung des alten Besitzstandes enthält, die bereits erwähnte Kundschaft über den Wald in Hägbach, an das Ende des 15. Jahrhunderts, wo schon die durch die Einmischung des römischen Rechtes veranlaßten Reformationen der Städte entstanden, und das älteste der mit einer Jahreszahl versehenen Weisthümer, das von Lidberg[1094], welches aber nur die für jene Beweisführung ungenügende Kunde „von Mannes Gedenken" (ohne den negativen Bestandtheil) enthält, ist vom J. 1369. Es würde sich ferner kaum erklären lassen, daß, wenn wirklich die Grundsätze von dem unvordenklichen Besitze im Sinne des heutigen Rechtssystemes, sei es auch nur ihrer wesentlichsten Richtung und Bedeutung nach, dem altteutschen Rechte eigenthümlich gewesen wären, sowenig in den jener Zeitperiode vorausgegangenen alten Volksrechten, in welchen doch auch Bestimmungen über Verjährung vorkommen, als in den Rechtsbüchern des Mittelalters irgend etwas von solchem unvordenklichen Besitze überhaupt vorkommt. Hiernach ist es wohl dem geschichtlichen Verlaufe der Rechtsbildung in Teutschland viel angemessener, in jenen teutschrechtlichen Normen des Mittelalters, soweit sie den Beweis der Unvordenklichkeit im Sinne des heutigen Rechtes enthalten, Spuren der Einwirkung des römischen und noch mehr des unbestritten damals geltenden kanonischen Rechtes zu finden, als aus ihnen die selbstständige Entwickelung eines Institutes, welches, wie der unvordenkliche Besitz in seiner technischen Bedeutung, einen so entschieden positiven Charakter an sich trägt, in dem teutschen Rechte, unabhängig von dem Einflusse

1093) Z. B. finden sich im Lüb. Stadtrechte von 1240 die tria praecepta iuris. Vgl. **Eichhorn**, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 269, N. m.

1094) **Grimm**, Weisthümer II, 758.

der unzweifelhaften Begründung desselben in den damals in Teutschland schon bekannten fremden Rechten zu entwickeln, und sogar mit Buchka[1095]) in den desfallsigen Bestimmungen des kanonischen Rechtes, wie in denen der Reichsgesetze, nur Anwendungen der entwickelten teutschen Rechtsansicht zu finden. Es kann in jenen teutschrechtlichen Normen des Mittelalters eine selbstständige Entwickelung der Unvordenklichkeit im technischen Sinne umsoweniger gefunden werden, als nach den Grundsätzen des altteutschen Verfahrens immer nur einer Partei das Vorrecht des Beweises zuerkannt wurde und ein Gegenbeweis gänzlich ausgeschlossen war, mithin nach dem Principe, daß im Besitzstreite die ältere, bezüglich die bessere Gewere entscheide, auch nur einem Theile der Beweis zuerkannt werden konnte, und zwar demjenigen, welcher sich auf die ältere, bezüglich auf die bessere Gewere, berief. — Außer den bereits beurtheilten Weisthümern hat Buchka auch noch einige andere Urkunden als Belege für den altteutschen Ursprung des unvordenklichen Besitzes angeführt, aus welchen sich die fortdauernde Anwendung des Begriffes der Unvordenklichkeit im technischen Sinne auf wirkliche Vorfälle des Lebens während eines Zeitraumes von mehr als sechs Jahrhunderten ergiebt. Die beiden ältesten Urkunden, beide von Kaiser Friedrich I. herrührend, fallen noch in das 12. Jahrhundert, und wenngleich die eine sich mehr auf die rechtliche Grundlage des unvordenklichen Besitzes im allgemeinen beschränkt, so bedient sich dagegen die andere schon der für dieses Institut durchaus charakteristischen Bezeichnung eines „Menschengedenken überschreitenden" Besitzstandes. In der ersteren von 1186[1096]) stützt sich der Kaiser behufs der Beilegung einer mit dem Pabst Urban III. entstandenen Irrung auf den Entscheidungsgrund: non tamen credo, quod ita facile mutari possint, quae ex longa antiquitate usus in consuetudinem vertit, imo ipsa consuetudo a progenie in progeniem descendens quasi iusta traditione roboravit. In der anderen Urkunde, einem Confirmationsbriefe von 1188[1097]), bestätigt derselbe Kaiser die Gerechtsame des Bischofs von Würzburg in folgenden Ausdrücken: Res ab ecclesia et ducatu Wuerzburgensi longissimis possessionibus, ut et hominum memoriam excalant, irrefragabiliter habitas et usitatas, nulla volumus deinceps ambiguitate titubare; quia decet firmum semper existere, quod antiquitate et diuturna possessione commendatur. Hiernächst kommt eine Urkunde des Pabstes Clemens IV. von 1267[1098]) in Betracht, worin unter den Ursachen der Absetzung des Erzbischofes von Trier, Heinrich II., auch die erwähnt wird, daß derselbe unbefugter Weise Zölle erhoben

1095) Buchka a. a. O. S. 15.

1096) Arnoldi Lubecensis, chronica Slavorum. Lib. III. cap. 18. (bei Leibnitz, Script. Brunsvic. II. 669.)

1097) Leuckfeld, antiquitates Poeldenses. App. III. p. 254 sq.

1098) Kress, de genuina natura et indole vetustatis s. praescriptionis immemorialis §. 25.

habe, cum tamen vectigalia exigi nequeant, nisi privilegio aut perceptione a tempore, cuius non extat memoria, continuata. Das von Buchka[1099]) angeführte Schreiben Kaiser Rudolph I. von 1280[1100]) schlägt nur entfernt hier ein, indem darin nur von demjenigen, quod ex antiquae consuetudinis observantia usque ad haec tempora sit perductum, gesagt wird: nos huiusmodi consuetudinem hactenus observatam nostris temporibus immutari nolentes. In einem Instrumente von 1280[1101]) erklärt Simon, custos der großen Kirche zu Mainz, er wolle das Kloster des heiligen Dysibad in den Besitz des Zehntens zu Sovernheim wieder einsetzen, nach dem Zeugniß der dortigen Einwohner, qui omnes unanimiter dicunt et asserunt sub debito iuramenti praestiti, quod praefatum monasterium quadraginta annis et citra, et a tempore, de quo non extat memoria, ante non fuerit in possessione libera et quieta percipiendi decimam memoratam. In einer Urkunde von 1280[1102]) versichert Herzog Johann von Lothringen der Stadt Aachen, deren Schutzherr er und seine Vorfahren ab eo tempore, quod eius non exstet memoria gewesen, seinen ferneren Schutz. Aus dem Jahre 1306 wird als Erfolg des in einem Rechtsstreite zwischen den Bürgern zu Augsburg und dem Besitzer eines bischöflichen Lehengutes stattgehabten Beweisverfahrens berichtet: evictum pro tribunali viginti tribus testibus est, cives suburbiorum nostratium ab hominum memoria semper hactenus iumenta et pecora sua .... sine omni impedimento ad pascua ... deduxisse[1103]). Im Jahre 1308 entsagte Bischof Seyfried von Hildesheim seinen, auf einige Zehnten der Kirche zu Gandersheim gemachten Ansprüchen, nachdem er per publicam famam et alia legitima documenta überzeugt worden: quod dictum monasterium huiusmodi decimas nec vi, nec clam, nec precario, sed bona fide et iusto titulo possedisset a tempore, cuius memoria non exstabat[1104]). Im Jahre 1330 bestätigte Kaiser Ludwig der Bayer monasteriorum (Spirensium) iura antiqua et consuetudines quascunque, hactenus per ipsos, a tempore et per tempora, quibus in contrarium memoria non exstitit, pacifice observatas[1105]). Im Jahre 1338 führten die Kurfürsten zur Begründung des ihnen von Pabst Benedict XII. bestrittenen ausschließenden Rechtes an: cum iure caveatur et consuetudine, cuius contrarium in memoria hominum non exstitit, si rationabiliter introductum et sine cuiusvis contradictione legitime observa-

1099) Buchka a. a. O. S. 9, 15.
1100) Riccius, von den Stadtgesetzen S. 69.
1101) Iohannes, Spicil. tabul. literarumque veterum p. 175.
1102) Lünig, Reichsarchiv, P. spec. Cont. IV. Th. I, S. 1443.
1103) Gessar, Chron. August. bei Mencke, Script. rer. Germ. T. I. p. 1472.
1104) Harenberg, Histor. eccl. Gandersheim. diplom. Diss. III. p. 798.
1105) Lehmann, Chronica der freien Reichsstadt Speyer B. VI, Cap X, S. 699.

tum[1106]). Das Privilegium Kaiser Carl's IV. von 1350[1107]) spricht nur im Allgemeinen von „guten Gewohnheiten, als sie von Alter.... herbracht und kommen sind." In der goldenen Bulle von 1356[1108]) wird als Motiv der Erneuerung und Bestätigung des ius de non evocando des Königs von Böhmen und seiner Unterthanen angeführt: quod sit a tempore, cuius contrarii hodie non exsistit memoria, consuetudine laudabili inconvulse servata, diuturnitate temporum et praescripta moribus utentium sine contradictionis aut interruptionis obstaculo introductum; und in Bezug auf die Wahl und Krönung des römischen Königs: illud a tempore, cuius contrarii iam non habetur memoria, esse iugiter observatum. Von demselben Kaiser findet sich eine Confirmationsurkunde von 1356[1109]), wodurch dem Abte von Fulda die Würde eines Erzkanzlers mit dem Zusatze versichert wird: sicut tui praedecessores venerabiles Abates supradictae ecclesiae in possessione pacifica talis officii hactenus ab origine et primaeva fundatione principatus et Fuldensis dominii perstiterunt, etiam ab eo tempore, cuius contrarium in hominum memoria non consistit. In demselben Jahre bestätigte Erzbischof Gerlach zu Mainz durch eine Urkunde[1110]) das den Königen von Böhmen verliehene ius de non evocando als a tempore, cuius contrarii hodie non extat memoria, consuetudine laudabili conservata, diuturnitate temporum et praescripta moribus utentium, sine contradictionis aut interpellationis obstaculo introductum. In dem Diplom des Pfalzgrafen Rupert I. de iure electoratus in Romano imperio regibus Bohemiae competente von 1356[1111]) wird sich wiederholt darauf bezogen: quod Bohemiae regibus ab atavis, proavis et progenitoribus suis ab eo tempore, cuius apud homines memoria non existit, habuerunt continuo, habent et habere debent, ius etc. Das Privilegium Kaiser Carl's IV. für die Stadt Aachen von 1362 hat zum Gegenstande die Rechte und Freiheiten, in deren ruhigem Besitze die Bürger dieser Stadt sich a tempore, cuius contrarium in memoria hominum non existit, befunden haben[1112]). In einem Rescripte an den Bischof von Magdeburg von 1393 bedient sich Pabst Urban V. zur Erledigung der über verschiedene Gerechtsame des Abtes zu Pegau entstandenen Irrungen des Entscheidungsgrundes, daß der Abt und Convent zu Pegau sich in pacifica possessione vel quasi supremi dominii percipiendi emolumenta et censum.... a tempore,

1106) Leibnitz, Cod. iur. gent. diplomat. P. I. p. 151.
1107) Pfeffinger, Vitriarius illustratus T. III. p. 1387.
1108) Cap. VIII. §. 1. Cap. XXVIII. §. 5.
1109) Schannat, Histor. fuldens. Cod. probat. p. 267.
1110) Bei Goldast, comment. de regn. Bohemiae iurib. et privilegiis. App. p. 78.
1111) Ibid. p. 103.
1112) Lünig a. a. O. Th. I, S. 59.

cuius contrarii memoria non exsistebat, befänden und auf die ihnen streitig gemachten Rechte tam ex speciali privilegio eis a sede apostolica concessa, quam de antiqua et approbata et a tanto tempore, cuius contrarii memoria non existit, observata consuetudine Anspruch machen könnten[1113]). Eine im Jahre 1410 bei dem römischen Könige Ruprecht vom Kurfürsten von Mainz, Johann II., über den königlichen Beamten zu Heidelberg angebrachte Beschwerde stützte sich darauf, daß letzterer im Mainzischen Gerichte dem Probste, den Priestern und Mannen ihre Güter, Gotteslehen und Mannlehen mit Gewalt nähme, „die sie doch länger, denn Jemand gedenken möge, gewährlichen hergebracht, als in geistlichen und werentlichen Rechten gewöhnlich und recht sey"[1114]). In einer Urkunde von 1420 erklärte Pabst Martin V. den bei den Teutschen herkömmlichen Rentenkauf hauptsächlich aus dem Grunde für giltig, quod (illa emtio venditio) a centum annis citra et supra, et a tanto tempore et per tantum tempus, cuius contrarii memoria hominum non existit, tanquam quaedam consuetudo rationabilis observata, praescripta ac moribus utentium approbata, ad communem hominum utilitatem introducta, dicebatur[1115]). Durch ein Privilegium Kaiser Sigismund's von 1431[1116]) wird der Stadt Augsburg die Beziehung des Ungelts, welche sie, „als lang und Jemand erdenken mag," hergebracht; und durch ein Privilegium Kaiser Friedrich III. von 1462[1117]) die freie Schifffahrt auf dem Wasserstrome des Lech und den Flüssen, welche aus demselben in die Stadt Augsburg geleitet und „länger denn Jemand verdenken mag" geflossen sind, zugesichert. In zwei Bullen des Pabstes Innocenz VIII. von 1484 und 1485[1118]), wodurch der Stadt Aachen ihre Privilegien bestätigt werden, geschieht auch der Gerichtsbarkeit Erwähnung, welche dieselbe a tanto tempore, cuius initii seu contrarii memoria hominum non exsistit, ausgeübt habe. Durch ein Privilegium des Kaisers Sigismund von 1485[1119]) wird das Verfahren des Bürgermeisters und Rathes der Stadt Augsburg in peinlichen Fällen, wie es „mit löblicher Gewohnheit herkommen und fast länger denn Menschen Gedächtniß" geübt und gebraucht wäre, bestätigt. Durch ein Diplom des Pabstes Innocenz VIII. von 1488[1120]) wird das Schutz- und Schirmrecht der Stadt Nürnberg über die dortigen Kirchen, welches von derselben a tanto tempore, citra cuius contrarii hominum memoria non exsistit, anerkannt und bestätigt. Ein päbst-

1113) Ludwig, reliquiae manuscriptorum T. II. p. 317.
1114) Riccius, de iurisdict. germ. p. 179. Kress l. c. p. 59.
1115) Meyern, vom sechsten Zinsthaler S. 7.
1116) Lünig a. a. O. Th. I, S. 102.
1117) Ebd. S. 105.
1118) Ebd. S. 1461, 1462.
1119) Ebd. S. 112.
1120) Ebd. Th. II, S. 156.

liches Breve von 1493 [1121]) bezeugt, daß in dem Jungfrauenkloster zu Lune die Wahl eines neuen pastor et praepositus, iuxta antiquissimam et ultra memoriam hominum observatam consuetudinem, iuraque atque privilegia earum (virginum) stattgefunden habe. Im Jahre 1564 beriefen sich die Bürger der Reichsstadt Regensburg in einer Streitigkeit mit dem dortigen Bischofe auf longissima et ultramemorialis possessio [1122]). Aus dem 17. Jahrhundert gehört hierher vorzüglich das Instrument des westphälischen Friedens von 1648, worin die Beibehaltung von Gerechtsamen, quae domus Saxonica a tempore immemoriali possidet, demselben zugesichert wird [1123]). Zufolge einer Urkunde von 1660 versuchte die Stadt Straßburg ihre Befreiung von der Huldigungsleistung an den Kaiser damit zu begründen, daß sie ein „vielhundertjähriges uraltes Herbringen," — „uralte Gewohnheit, Herbringen und unvordenkliche Verjährung," sodann quod observantia tanti temporis vim habeat contractus, obtineat vigorem constituti vel etiam expressae concessionis etc., ferner „uralte Observanz, Gewohnheit, Herbringen und Menschen Gedächtniß übersteigende Zeit" geltend machte [1124]). In einem Vergleiche des Kurfürsten von Brandenburg mit der Stadt Soest von 1665 [1125]) wurde derselben das merum imperium, „wie sie dessen vor undenklichen Jahren in Possession et exercitio gewesen," zugestanden. Von den Abgeordneten des teutschen Reiches wurde der von dem Könige von Frankreich beabsichtigten Erweiterung seiner durch die Abtretung des Elsasses erlangten Rechte in den Unterhandlungen vom J. 1680 der den Ständen zur Seite stehende unvordenkliche Besitz entgegengesetzt; longe etiam iniquius foret, status immemoriali et plurium seculorum possessione innixos, ad editionem titulorum suorum contra omnia iura cogere: hoc enim modo totius orbis possessiones et rerum dominia incerta redderentur [1126]). In einer fürstlich Schwarzburgischen Deduction vom Jahre 1710 bezog man sich darauf, daß „die praescriptio superioritatis territorialis nicht mehr als possessionem immemorialem (ohne Titel und bona fides) erfordere" [1127]). In einer Deduction der Stadt Donauwörth von 1711 wurde eine Gerechtsame, deren dieselbe sich „von unfürdenklichen Jahren her" anzurühmen habe, geltend gemacht [1128]). — Diese lange Reihe öffentlicher Urkunden, welche von der praktischen Anwendung des unvordenklichen Besitzes, als einer den Rechtserwerb begründenden oder wenigstens bestärkenden Norm aus einem Zeitraume von fast sieben Jahrhunderten

1121) In Pfeffinger, Historie u. s. w. Th. 2, S. 640.
1122) Riccius, de iurisdict. germ. p. 180.
1123) Instrum. pac. Osnabrug. art. XV. §. 2.
1124) Londorp, Acta publica. T. VIII. p. 705. 707.
1125) Estor, auserlesene kleine Schriften Bd. 2, S. 361.
1126) Londorp l. c. T. XI.
1127) Faber, Staatscanzlei Bd. XV, S. 426.
1128) Ebd. Bd. XIX, S. 207.

offenkundiges Zeugniß geben, wären nun wohl vorzugsweise geeignet gewesen, zu einer überzeugenden Nachweisung der von Buchka ausgesprochenen Voraussetzung, daß es eine eigenthümlich teutsche Rechtsansicht sei, welcher man bei solcher fortgesetzten Anwendung der sogenannten unvordenklichen Verjährung gefolgt sei, zu dienen, wenn anders diese Voraussetzung selbst factisch richtig wäre. Aber der Inhalt dieser Urkunden, soweit daraus eine Hinweisung auf den historischen Ursprung der unvordenklichen Verjährung zu entnehmen ist, ergiebt vielmehr im Gegentheil, daß es neben der praktischen Anerkennung desjenigen Gewichtes, welches einem althergebrachten Zustande auch auf dem eigentlichen Rechtsgebiete schon nach allgemeinen Begriffen — gleichmäßig nach den eigenthümlich teutschen, wie nach römischen und kanonischen Rechtsansichten — beigelegt wird, hauptsächlich Anklänge aus den näher oder entfernter hier einschlagenden Bestimmungen des römischen und kanonischen Rechtes waren, welche dabei ihren unmittelbaren Einfluß äußerten. In dieser Beziehung ist die einer solchen Deutung zur wesentlichen Unterstützung dienende Fassung der angeführten Urkunden zu bemerken. Es ist nämlich auf der einen Seite bei mehreren der bedeutendsten dieser Urkunden und gerade bei denjenigen, welche über den praktischen Gebrauch der Unvordenklichkeit in ihrem technischen Sinne, als selbstständigen Grundes der positiven Anerkennung von Rechten, welche über Menschengedenken ausgeübt worden, nach der ihnen eigenthümlichen Wortfassung Zeugniß zu geben geeignet sind, namentlich bei einigen der ältesten noch aus einer früheren Zeit, als in welche die oben erwähnten Weisthümer fallen, herrührenden Urkunden, ein genaues Anschließen an die Ausdrucksweise in den römischen und kanonischen Gesetzstellen über das in denselben begründete Institut der unvordenklichen Verjährung ganz unverkennbar. Auf der anderen Seite ist in vielen dieser Urkunden die Bezugnahme auf den unvordenklichen Besitz vorzugsweise durch eben solche Motive unterstützt worden, wie sie, als Zeugniß der Anerkennung der dem althergebrachten Besitze schon nach allgemeinen Rechtsbegriffen gebührenden Achtung, den oben erwähnten altteutschen Denkmälern örtlicher Rechtsverfassungen hauptsächlich zur Grundlage gedient haben. Unter den Beispielen der ersteren Art ist vor allen bemerklich zu machen die Urkunde von 1410, welche ganz ausdrücklich die dem unvordenklichen Besitze darin beigelegte Wirksamkeit auf die Bestimmungen der geistlichen und weltlichen Rechte (des kanonischen und römischen Rechtes) zurückführt. Dieser zunächst kommen, insbesondere rücksichtlich ihrer Bezugnahme auf das römische Recht, drei jener Urkunden, von denen zwei noch aus dem 14. Jahrhundert herrühren, in Betracht: die Urkunde von 1308, welche des Mangels der römischrechtlichen Besitzfehler in gleicher Weise, wie eine Digestenstelle [1129]) gedenkt; dann die goldene Bulle und die damit über-

1129) L. 1. §. 23. D. 39. 3.

einstimmende Mainzer Urkunde von 1356, in welcher, sowie in der Urkunde von 1420, einer die unvordenkliche Verjährung begründenden consuetudo moribus utentium praescripta Erwähnung geschieht, was an den gleichartigen Ausdruck diuturni mores, consensu partium comprobati, in den Institutionen[1130]) erinnert. Ebenso bilden, rücksichtlich der Bezugnahme auf das kanonische Recht, die Urkunden von 1267 und 1393 einen fast wörtlichen Wiederhall der pedagia, salinaria, guidagia, imperatorum etc. largitate concessa, vel ex antiqua consuetudine a tempore, cuius non extat memoria, introducta im cap. 26. X. de V. S. Auch der Ausdruck „praescriptio" in den oben angeführten Urkunden weist auf den dem ursprünglich im römischen Rechte begründeten Institute der unvordenklichen Zeit durch die bekannte Stelle im cap. 1. de praescript. in VI. (II. 13.): nisi tanti temporis allegetur praescriptio etc. beigelegten Rechtsbegriff einer Verjährung hin. Aus beiden zugleich, aus dem römischen und dem kanonischen Rechte, aber ist die Verschiedenheit der Ausdrucksweise des einen oder des andern über die Voraussetzung des Gegenbeweises, als memoria initii oder contrarii, in die päbstlichen Bullen von 1484 und 1485 aufgenommen. — Nach allen diesen können wir uns nur zu der Ansicht als der richtigen bekennen, welche das Institut der unvordenklichen Zeit auf das römische Recht zurückführt.

I. Das Historische von der unvordenklichen Verjährung. A. Römisches Recht. Es giebt drei Rechtsinstitute, in welchen das römische Recht die unvordenkliche Zeit als Grund der Entstehung rechtlicher Verhältnisse anerkennt: die Gemeindewege, Schutzanstalten gegen das Regenwasser und Wasserleitungen[1131]). 1) Gemeindewege. Es giebt drei Arten Wege[1132]): Heerstraßen (publicae viae), Privatwege (privatae), welche ganz im Eigenthum eines Einzelnen sich befinden, und Gemeindewege (vicinales). Sind diese letzteren auf öffentlichem Grund und Boden angelegt, so haben sie die Natur der publicae viae, sind sie auf privatem Grund und Boden entstanden, welchen die Eigenthümer dazu hergegeben haben[1133]), so sind sie priva-

---

1130) §. 9. Inst. I. 2.

1131) Die rechtliche Natur des Schatzes, der in L. 31. §. 1. D. 41. 1. so definirt wird: Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, kann, obwohl der Ausdruck ganz derselbe ist, wie bei der unvordenklichen Zeit, nicht hierher gerechnet werden, da nicht nur die Wirkung, sondern selbst die factische Voraussetzung eine andere ist. Bei dem Schatze ist es ganz gleichgiltig, ob aus den letzten Menschenaltern alle Erinnerung verschwunden ist. Kann aus irgend einer alten Zeit ein gegenwärtiges Eigenthum durch eine ununterbrochene Reihe von Vererbungen nachgewiesen werden, so kommt das besondere Recht des Schatzes nicht zur Anwendung; dieses tritt daher nur ein, wenn die Sache factisch als herrenlos gelten muß, weil es an einem erweislichen Eigenthümer fehlt, also Niemand durch jene Behandlung verletzt wird.

1132) L. 2. §. 22. D. 43. 8.

1133) Nach L. 2. cit. beweist die bloße Erhaltung aus Privatmitteln nichts

tae, d. h. sie sind gemeinschaftliches Eigenthum dieser Einzelnen, welche daher auch zu ihrer Wiederaufhebung oder Verschließung für Fremde befugt sind. Dieses letzte leidet eine Ausnahme; auch die auf privatem Grund und Boden ursprünglich angelegten Gemeindewege sind publicae viae, also der Privatwillkür entzogen, wenn sie seit unvordenklicher Zeit als Wege bestehen[1134]). Die unvordenkliche Zeit bewirkt also hier, daß dadurch ein Weg ebensogut zum Gemeingut Aller wird, als wenn er durch die Staatsgewalt und auf öffentlichem Grund und Boden angelegt worden wäre. 2) Schutzanstalten gegen das Regenwasser. Auf die Gefahren, welche durch Regenwasser unseren Grundstücken zugefügt werden können, bezieht sich ein altes Rechtsinstitut, welches auf dem Grundsatze beruht, daß Niemand den Normalzustand eines Grundstückes eigenmächtig dergestalt ändern darf, daß der Ablauf des Regenwassers zum Nachtheil meines Grundstückes verstärkt oder vermindert werde[1135]). Dieser Normalzustand besteht zunächst in der natürlichen, ohne menschliches Zuthun entstandenen Beschaffenheit des Bodens[1136]), welche dem höher liegenden Grundstücke den Vortheil gewährt, das von dem Boden nicht eingesogene Regenwasser auf das niedriger liegende zu entlassen, welcher Vortheil durch die dem niedriger liegenden zugeführte Besserung ausgeglichen wird[1137]). Dann besteht dieser Normalzustand in rechtmäßig angelegten künstlichen Anstalten, Dämmen, Wällen, Abzugsgräben, welche durch die Art ihrer Entstehung denselben Anspruch auf Unverletzlichkeit haben, wie die natürliche Beschaffenheit. Die rechtmäßige Anlage kann bei den Römern geschehen gleich bei Gründung einer Stadt durch die Obrigkeit, welcher diese Gründung übertragen ist, also mittelst einer lex coloniaria; in der Folge aber, nicht durch Anordnung der verwaltenden Stadtobrigkeiten, sondern durch die höchsten Staatsgewalten, den Kaiser oder den Staat[1138]). Findet sich eine solche Anstalt, deren rechtmäßige Gründung nicht erweislich ist, so hat in der Regel Jeder das Recht, deren Hinwegschaffung, d. h. die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zu verlan-

---

gegen die Natur einer publica via, da auch bei einer solchen die Erhaltung aus den Beiträgen der Einzelnen, welche sie vorzugsweise benutzen, geschehen kann.

1134) L. 3. pr. D. 43. 7.: Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quorum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt.

1135) L. 1. §. 1. 10. 13. L. 11. §. 6. D. 39. 3.

1136) L. 1. §. 1. 13. 23. D. 39. 3.: agri naturam esse servandam. L. 2. pr. D. eod.: natura loci.

1137) L. 1. §. 22. D. 39. 3.: hanc esse servitutem inferiorum praediorum. L. 1. §. 23. eod.: et semper inferiorem superiori servire. L. 2. pr. eod.: per quae inferior locus superiori servit. Es sind dies mit Savigny durchaus nur für bildliche Bezeichnungen des Verhältnisses zu halten, indem an eine Servitut oder auch nur etwas ihr Nachgebildetes (etwa servitus non iure constituta, sed tuitione Praetoris) hier nicht zu denken ist.

1138) L. 1. §. 23. D. 39. 3.: lex. L. 23. pr. D. eod.: Principis aut Senatus iussu, aut ab his, qui primi agros constituerunt, opus factum. L. 2. §. 3. D. eod.: publica auctoritate facta. L. 2. §. 7. eod.: fossam iure factam.

gen[1139]). Besteht jedoch die Anstalt schon über Menschengedenken, d. h. so lange, daß die jetzt Lebenden keinen anderen Zustand kannten, auch keinen anderen von ihren Vorfahren erfahren haben[1140]), dann hat ihr Alter gleiche Geltung mit der lex, d. h. es wird nun die rechtmäßige Gründung angenommen[1141]). So kann demnach der zu erhaltende Normalzustand durch drei verschiedene Gründe bestimmt werden: lex (publica auctoritas), vetustas (quae pro lege habetur) und in Ermangelung von beiden natura loci[1142]). Die vetustas also, gleichbedeutend mit der unvordenklichen Zeit[1143]), ist blos ein Surrogat der lex oder publica auctoritas, mit gleicher Wirkung, wo diese selbst in Vergessenheit gerathen ist, vielleicht nie vorhanden war. Diese Einwirkung der unvordenklichen Zeit ist ganz ähnlich derjenigen, welche sie bei den öffentlichen Wegen hat. Kein Privatbesitz liegt dabei zum Grunde, kein Privatrecht wird erworben, sondern die lange Dauer dient als Ersatz der wahren publicistischen Entstehung dieser Anstalt, und nun hat jeder Betheiligte das Recht, diesen Zustand als unangreifbar für sich geltend zu machen. Da es kein Privatrecht ist, so konnte die Ersitzung nicht eingreifen; dem aber doch vorhandenen ähnlichen Bedürfnisse wird auf ähnliche Weise, wie durch Ersitzung abgeholfen, nur erst in längerer und weniger bestimmter Zeit. Daneben kann aber auch ein Einzelner auf privatrechtlichem Wege einen ähnlichen oder stärkeren Schutz für sein Grundstück erwerben, namentlich durch eine Servitut; wo also diese erworben ist, sei es durch Vertrag, oder Testament, oder die ihr eigenthümliche Ersitzung, da geht deren Einwirkung jenen allgemeinen Regeln gerade so vor, wie in anderen Fällen die Servitut dem Grundeigenthum vorgeht. Die Einwendung, daß in einem solchen Falle die privatrechtliche Servitut dem ius publicum vorgezogen wäre, gegen die Regel: ius publicum pactis privatorum mutari non potest würde ohne Grund sein.

1139) Nur derjenige hat dieses Recht nicht, welcher um die Anlage wußte und sie geschehen ließ, indem dies als stillschweigende Einwilligung gilt. L. 19. 20. D. 39. 3.

1140) L. 2. §. 8. D. 39. 3. L. 28. D. 22. 3. Bei der praktischen Darstellung dieser Lehre ist diese nähere Bestimmung genauer zu erörtern.

1141) L. 1. §. 23. D. 39. 3.: vetustatem vicem legis tenere. L. 2. pr. D. eod.: vetustas, quae semper pro lege habetur.

1142) L. 1. §. 23. D. 39. 3. L. 2. pr. D. eod.: In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas.

1143) Das, was in L. 2. pr. D. 39. 3. vetustas heißt, wird im §. 1 derselben Stelle erklärt durch: nec memoriam extare, quando facta est. Unmittelbar verbunden sind beide Ausdrücke in L. 2. §. 3. D. eod.: quorum memoriam vetustas excedit. Vgl. auch L. 2. §. 7. L. 23. §. 2. D. eod. Vetustas hat also hier nicht die Bedeutung eines bestimmten Zeitraumes, in welchem er anderwärts, aber in viel späterer Zeit, vorkommt, nämlich für eine Zeit von 40 Jahren. L. 2. Th. C. IV. 13.: annorum XL quam vetustatem leges ac iura nuncupare voluerunt; und in demselben Sinne L. 7. C. de fundis rei privatae. (XI. 66. (65.)), welche Stelle aus der die 40 Jahre vorschreibenden L. 14. C. de fund. patrim. (XI. 62. (61.)) interpolirt ist, indem jene Worte im Original (Nov. Theod. Tit. XIX. ed. Haenel. Tit. XXVIII. ed. Ritter.) nicht vorkommen.

Die Servitut wirkt nur zwischen zwei einzelnen Grundstücken und entzieht dem einen Grundstücke die Vortheile, welche es sonst aus dem Normalzustande, also vielleicht auch aus der öffentlichen Anstalt, welche iuris publici ist, ziehen könnte; diese Anstalt selbst aber, insofern sie eine allgemeine polizeiliche Natur hat, oder einem dritten Grundstücke Nutzen bringt, kann dadurch nicht eingeschränkt werden. 3) Wasserleitungen. In zwei Stellen wird die unvordenkliche Zeit als Erwerbsgrund eines Rechtes auf Wasserleitung bezeichnet[1144]). Es ist hier eine Schwierigkeit vorhanden, die darin besteht, daß es unklar ist, in welchen Fällen es der unvordenklichen Verjährung bedürfe, da doch sonst zum Erwerbe eines Wasserleitungsrechtes, wie bei anderen Servituten, die longi temporis praescriptio genügt[1145]). Savigny hat die hier entstehende Schwierigkeit auf folgende, wohl unwiderlegliche Weise gelöst. Es findet sich eine Art von Wasserleitungen, welche in ihrer äußeren Erscheinung und in dem Nutzen, welche sie gewährt, ganz gleichsteht mit der gleichnamigen Servitut, in ihrem juristischen Charakter aber wesentlich davon unterschieden ist. Aus einer öffentlichen Wasserleitung nämlich kann ein Einzelner Wasser für sich gewinnen wollen, eine Servitut kann er nicht erwerben, weil ihm kein Eigenthum gegenübersteht. Allein ein solcher Privatgenuß konnte durch den Kaiser aus Gnade gewährt werden; war dies geschehen, so behandelte es der Prätor als Privatrecht und schützte den Inhaber durch ein besonderes Interdict[1146]). Wenn nun das kaiserliche Rescript etwa verloren, die Concession also nicht erweislich war, so half der 10jährige Besitz nichts, weil dieser nur das Surrogat der regelmäßigen Errichtung einer wahren Servitut sein sollte, das hier ausgeübte Recht aber keine Servitut ist, ja überhaupt auf privatrechtlichem Wege nicht entstehen kann. Hier kann nur der unvordenkliche Besitz helfen, der auch in ähnlichen Fällen, bei den öffentlichen Wegen und bei den Anstalten gegen Regenwasser Surrogat der regelmäßigen publicistischen Entstehung eines Rechtsverhältnisses ist. Nun verschwindet aller Widerspruch der in Note 1144 angeführten Stellen mit denjenigen Stellen, welche den 10jährigen Besitz als Erwerbsgrund der Servituten anerkennen, indem jene Stellen gar nicht von einer Servitut reden, sondern von der Privatbenutzung einer öffentlichen Wasserleitung. Gegen diese Auslegung läßt sich anscheinend dasselbe einwenden, was sich gegen andere Meinungen einwenden läßt; nämlich das, sowie die Voraussetzung einer continua oder discontinua

---

1144) L. 3. §. 4. D. 43. 20.: Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur. L. 26. D. 39. 3.: Scaevola respondit, solere eos, qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur.

1145) Vgl. über die verschiedenen Versuche, diese Schwierigkeit zu lösen, Savigny a. a. O. S. 495—499.

1146) L. 1. §. 38—45. D. 43. 20. Nur vom Kaiser konnte dieses Recht verliehen werden. L. 1. §. 42. D. eod.

servitus in Stellen hineingetragen wird, welche nichts davon erwähnen, hier ebenso die Voraussetzung der publica aqua hineingetragen werde. Allein Savigny hat dagegen mit Recht Folgendes geltend gemacht. Die Stellen, welche den 10- und 20jährigen Besitz, selbst bei Wasserleitungsrechten gestatten[1147]), werden von ihm in ihrem vollen wörtlichen Umfange gelassen, anstatt daß ihnen nach der gewöhnlichen Erklärung die Voraussetzung einer continua servitus aufgedrungen wird. In die Stellen, welche die unvordenkliche Zeit erwähnen, wird allerdings das Merkmal der publica aqua hineingetragen; allein diese Annahme erhält zuvörderst Unterstützung durch die augenscheinliche Analogie der öffentlichen Wege und der Anstalten gegen das Regenwasser; ferner dadurch, daß die eine Stelle unmittelbar vorher selbst von einer publica aqua redet und daß sie fast unmittelbar hinter der größeren Stelle steht, in welcher die Concession aus öffentlichen Wasserleitungen ausführlich abgehandelt wird[1148]); endlich wird diese Annahme durch einige Stellen des Codex unterstützt, welche unverkennbar denselben Rechtssatz, und zwar gerade für die Benutzung öffentlicher Wasserleitungen, enthalten[1149]). Die von Savigny gegebene Erklärung der in der Note 1144 angeführten Stellen ist ihrem Grundgedanken nach nicht neu. Sie findet sich neben einer anderen unrichtigen Erklärung schon in der Glosse[1150]), dann auch, in verschiedenen Zeiten, bei späteren Schriftstellern[1151]). — Der unmittelbare positive Gewinn der von Savigny angestellten Untersuchung über die unvordenkliche Zeit nach römischem Rechte, deren Resultat hier wiedergegeben worden ist, ist nicht bedeu-

---

1147) L. 10. pr. D. 8. 5. L. 2. C. III. 34.

1148) L. 1. 38—45. D. 43. 20. handelt von der aqua ex castello; darauf folgt die ganz kurze L. 2. und dann die L. 3., in welcher §. 1. 2. von dem aquaeductus ex flumine publico handeln. Wenn nun der gleich darauf folgende §. 4 ebenfalls von einer publica aqua erklärt wird, so wird diese Erklärung durch die erwähnte Nachbarschaft sehr unterstützt.

1149) L. 4. C. de aquaeductu (XI. 43. (42.)): Usum aquae veterem ... singulis civibus manere censemus, nec ulla novatione turbari etc. Daß hier eine öffentliche Wasserleitung gemeint ist, ergiebt sich theils aus dem Inhalte des ganzen Titels, theils aus dem Ausdrucke selbst, welcher auf eine kaiserliche Erlaubniß für die Unterthanen hinweist, theils aus der nachfolgenden Strafdrohung gegen heimliche Erweiterung des alten Besitzes. — L. 7. C. III. 34.: Si manifeste doceri possit, ius aquae ex vetere more atque observatione ... utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere: procurator noster, ne quid contra veterem formam ... innovetur, providebit. Die Stellung dieser Stelle im Titel de servitutibus könnte darauf gedeutet werden, daß hier von einer eigentlichen Servitut die Rede sei; es ist aber ein Anspruch einzelner Privatpersonen an eine öffentliche Wasserleitung gemeint, wie theils die genannte Behörde (procurator noster) zeigt, welche bei einer gewöhnlichen confessoria actio nichts zu thun hätte, theils der Ausdruck certis fundis.

1150) Glossa Quaesisti L. 2. C. III. 34.: ibi de aqua ex flumine publico dicit vel fiscali, hic privato. Ebenso in Glossa forte tot. L. 10. D. 8. 5.

1151) Connanus, Comment. IV. 12. Num. 17. 18. Pufendorf, Observ. iur. univ. T. I. Obs. 32. §. 16. Neller l. c. (in Note 1072 angeführt) p. 69. 85. 92. Ahlefeldt l. c. (in derselben Note angeführt) p. 77—79.

tend. Denn von den drei Rechtssätzen, worin die Anwendung der unvordenklichen Zeit nachgewiesen ist, kann in unserem Rechte, bei ganz veränderten öffentlichen Einrichtungen, kaum noch Gebrauch gemacht werden. Oeffentliche Wasserleitungen, welche bei den Römern in so bedeutendem Umfange vorkamen, finden sich jetzt nicht leicht in solcher Gestalt, daß daraus eine Privatbenutzung verliehen werden könnte. Wichtiger ist der allgemeine Gesichtspunkt des Rechtsinstitutes, welcher aus diesen einzelnen Regeln hervorgeht und welcher auch bei neueren Gesetzgebungen Gebrauch zuläßt. Das wichtigste Resultat für das praktische Recht ist aber das negative, indem die Servitutenlehre von jeder Anwendung der unvordenklichen Zeit gänzlich befreit wird. Dieser Gewinn kommt auch theilweise den deutschen Reallasten zu Gute, über welchen Punkt wir uns bereits ausgesprochen haben und noch näher aussprechen werden.

B. Kanonisches Recht. Im kanonischen Rechte kommen folgende Anwendungen der unvordenklichen Zeit vor. 1) Ein päbstlicher Legat hatte dem Grafen von Toulouse die Ausübung gewisser nutzbarer Regalien, nämlich der Wegezölle, Geleitsgefälle, Benutzung der Salzquellen (pedagia, guidagia, salinaria) untersagt. Auf Anfrage des Grafen erklärt Pabst Innocenz III. das Verbot dahin, daß es sich nur auf willkürliche, nicht auf rechtmäßige Abgaben dieser Art beziehe. Rechtmäßig seien aber diejenigen, deren Erhebung auf Verleihungen der Kaiser, Könige oder der Lateranensischen Kirchenversammlung beruhe; außerdem aber auch vel ex antiqua consuetudine, a tempore cuius non exstat memoria, introducta[1152]). Dieser Ausspruch ist ganz dem Sinne des römischen Rechtes entsprechend, nach welchem solche publicistische Rechte an sich nicht der Usucapion unterliegen, der unvordenkliche Besitz aber hier die Stelle der Usucapion ersetzen kann. 2) Eine andere Stelle[1153]) spricht von einem Bischofe, welcher in den Grenzen eines fremden bischöflichen Sprengels Kirchen und Zehnten in Anspruch nahm, und geht dabei von folgender Ansicht aus. Gegen eine Privatperson werde usucapirt mit Titel in drei, 10, 20 Jahren, ohne Titel in 30 Jahren. Da aber Kirchen im allgemeinen das Privilegium der 40jährigen Verjährung genießen, so sei bei der gewöhnlichen Ersitzung gegen Kirchen blos bona fides nothwendig, das Dasein des Titels aber gleichgiltig, weil mit und ohne Titel diese Ersitzung stets in 40 Jahren vollendet wird. Im vorliegenden Falle verhalte es sich aber deswegen anders, weil das behauptete Recht eine Ausnahme von der Kirchenverfassung (ius commune), nämlich von der in dieser gegründeten Diöcesanbegrenzung enthalten würde. In allen Fällen aber, worin ein durch Verjährung gegen eine Kirche zu begründendes Recht das ius commune oder eine Präsumtion gegen sich habe, sei noch neben den 40

1152) Cap. 26. X. V. 40. vom J. 1209.
1153) Cap. 1. de praescript. in VI. II. 13. vom J. 1298.

Jahren ein Titel nothwendig und dessen Mangel könne nur durch unvordenkliche Zeit ersetzt werden. Ubi tamen est ei ius commune contrarium, vel habetur praesumtio contra ipsum[1154]), bona fides non sufficit; sed est necessarius titulus, qui possessori causam tribuat praescribendi: nisi tanti temporis allegetur praescriptio[1155]), cuius contrarii memoria non existat. Diese letzte Stelle hat darin den Gesichtspunkt des römischen Rechtes festgehalten, daß sie die unvordenkliche Zeit lediglich erfordert, wo ein publicistisches Hinderniß des behaupteten Rechtes zu beseitigen ist; sie weicht aber darin ab, daß sie den unvordenklichen Besitz bei einem und demselben Gegenstande mit der Usucapion zuläßt, deren fehlende Bedingungen durch ihn ersetzt werden sollen. Bei völliger Festhaltung der Ansicht des römischen Rechtes hätte in allen Fällen der Zehnten in fremden Diöcesen der unvordenkliche Besitz gefordert werden müssen, ohne Unterschied, ob ein Titel vorhanden war oder nicht. Die Abweichung liegt also nicht sowohl in der Zulassung der unvordenklichen Zeit, als vielmehr in dem zugelassenen 40jährigen Besitz unter Voraussetzung eines Titels. Was auch Savigny sagen möge, so ist doch in dieser Stelle klar enthalten, daß die unvordenkliche Verjährung auch da ergänzend eintrete, wo die Usucapion an sich statthaft sein würde, aber es an einem Erforderniße derselben, namentlich einem Titel fehlt. — Noch ist eine dritte Stelle des kanonischen Rechtes[1156]) für den unvordenklichen Besitz angezogen worden[1157]). Sie spricht von einer in einer Kirche über Menschengedenken bestehenden Gewohnheit,

1154) Wörtlich heißt dies so viel, daß in zwei verschiedenen Fällen der Titel verlangt werde: 1) gegen ius commune, 2) gegen eine Präsumtion. Natürlicher ist es aber, mit Savigny das vel nicht disjunctiv, sondern erklärend zu verstehen, so daß die Erwähnung der Präsumtion nur das ius commune in anderen Worten wiederholt und zugleich den Grund ausdrückt, weshalb die Abweichung vom ius commune hierin einen Unterschied macht. Für diese Erklärung spricht die unmittelbar vorhergehende Construction: Nam licet ei ... si sibi non est contrarium ius commune, vel contra eum praesumtio non habeatur, sufficiat bona fides; denn nimmt man dieses streng wörtlich, so ist der Besitzer in jedem einzelnen der zwei bezeichneten Fälle vom Beweise des Titels frei; dann aber würde der Satz mit dem im Texte abgedruckten im Widerspruche stehen; welcher Widerspruch beseitigt wird, wenn man vel für sive oder id est nimmt. — Jedenfalls ist es, mag man hierin erklären wie man welle, ganz unrichtig, auf diese Stelle die Nothwendigkeit des unvordenklichen Besitzes für alle Servituten zu stützen, weil diese die Präsumtion gegen sich hätten, wie dies Schelling a. a. O. S. 78 thut. Der Ausdruck einer Präsumtion (pro libertate) paßt, wie Savigny bemerkt, gar nicht auf dieses Verhältniß und es ist daran im kanonischen Rechte gewiß auch nicht gedacht worden.

1155) Die Lesart probatio statt praescriptio, welche erstere Schelling a. a. O. S. 3, 52, für die ältere und richtige erklärt (auch Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 516 hat probatio abdrucken lassen), entbehrt der handschriftlichen Auctorität. Vgl. Savigny a. a. O. S. 508, N. d. Die Ausgabe des corpus iuris canonici von Richter hat nicht einmal eine abweichende Lesart bemerkt. Auch der innere Zusammenhang der Stelle deutet auf praescriptio.

1156) Cap 1. de consuetud. in VI. 1. 4.

1157) Von Schelling a. a. O. S. 54.

vermöge welcher die Kanoniker einer Kirche zwei kirchliche Aemter oder Würden ohne Dispensation des päbstlichen Stuhles bekleiden durften. Pabst Bonifacius VIII. verwirft diese Gewohnheit und bestimmt, daß Niemand in Zukunft mehr als ein kirchliches Amt oder eine kirchliche Würde bekleiden dürfe. Savigny spricht dieser Stelle alle Bedeutung ab, indem sie nicht von der unvordenklichen Zeit, sondern vom Gewohnheitsrecht spreche. Diesem kann man nicht beipflichten. Gerade bei publicistischen Verhältnissen handelt es sich von Rechtssätzen. Die unvordenkliche Zeit begründet hier eine Abweichung von dem öffentlichen Rechte, welche sich sonst nur auf eine specielle Verleihung von Seiten der obersten Gewalt, mithin auf ein Specialgesetz gründen muß. Es liegt auf der Hand, daß die unvordenkliche Verjährung hier dem Gewohnheitsrechte und zwar einem derogatorischen Gewohnheitsrechte sehr nahe verwandt ist, und daß man hier die Begriffe nicht so streng scheiden kann. Der unvordenkliche Besitz hat hier stets zugleich den Charakter eines Gewohnheitsrechtes und die opinio necessitatis wird hier durch die Unvordenklichkeit vertreten.

C. Teutsches Recht. Die Meinung von Buchka, daß der Ursprung des Institutes der unvordenklichen Verjährung im einheimischen teutschen Rechte zu suchen sei, ist bereits in der Einleitung besprochen und widerlegt worden. Es kann nur soviel zugegeben werden, daß auf einen althergebrachten Zustand im altteutschen Rechte dasselbe Gewicht gelegt worden sei, was ihm nach der Natur der Sache und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wohl bei allen Völkern beigelegt worden ist und beigelegt werden muß. Es ist ebenfalls bereits erwähnt worden, daß in dem Gewichte, was dem althergebrachten Zustande im altteutschen Rechte beigelegt worden ist, nur Wirkungen des Grundsatzes zu erblicken seien, daß demjenigen, welcher die ältere, bezüglich die bessere Gewere für sich hat, der Vorzug bei dem Beweise nach der altteutschen Beweistheorie gebühre und von einem Gegenbeweise gegen einen althergebrachten Zustand nach den Grundsätzen des altteutschen Verfahrens, wo immer nur einem Theile der Beweis als ein Recht zuerkannt wird, gar keine Rede sein könne, indem ein Gegenbeweis im altteutschen Verfahren gar nicht stattfindet. Es konnte der jetzt sogenannte negative Bestandtheil des Beweises der unvordenklichen Verjährung, der Mangel der Erinnerung eines anderen, als des hergebrachten Zustandes, im altteutschen Verfahren gar nicht zur Sprache kommen; demjenigen, gegen welchen ein althergebrachter Zustand behauptet wurde, blieb nur übrig, sich auf eine bessere Gewere zu berufen, also bei publicistischen Verhältnissen auf specielle Verleihung desjenigen Rechtes, welchem der althergebrachte Zustand entgegen war, und es war Sache des Beweisurtheiles, hier das Beweisrecht zu bestimmen. Seit die altteutsche Beweistheorie sich änderte und man namentlich einen directen Gegenbeweis zuließ, konnte dem althergebrachten Zustande auch nicht mehr die Bedeutung, wie im älteren Verfahren, beigelegt werden. Denn da dem Gegner im-

mer der Gegenbeweis freistand, daß es früher irgend einmal anders gewesen sei, so verlor der althergebrachte Zustand, wenn das Gegentheil desselben in einer früheren Zeit erwiesen wurde, den Charakter des Herkommens, des Gewohnheitsrechtes; es war ein blos lange Zeit bestehender factischer Zustand ohne obligatorischen Charakter, ohne die opinio necessitatis. Diesen obligatorischen Charakter konnte dieser althergebrachte Zustand nur dadurch erhalten, daß derjenige, welcher sich darauf berief, auch den Mangel eines gegentheiligen Zustandes in früherer Zeit, so lange die jetzt Lebenden aus ihrer eigenen Wissenschaft und aus dem, was sie von ihren Vorfahren und anderen alten Leuten darüber gehört hatten, darüber aussagen konnten, behauptete und bewies. Es mußte also freilich, seit im älteren teutschen Verfahren ein Gegenbeweis zugelassen wurde, dasselbe Resultat eintreten, was allerdings infolge der Reception des fremden Rechtes eingetreten ist. Es kann hiernach wohl nicht zweifelhaft sein, daß sich infolge der Abänderung der altteutschen Beweistheorie und seit der Zulassung des Gegenbeweises die Lehre von der Unvordenklichkeit ganz in derselben Weise gestaltet haben würde, wie sie im römischen und kanonischen Rechte vorliegt; es fehlt aber die urkundliche Nachweisung darüber, daß das einheimische Recht sich wirklich so selbstständig und unabhängig von den Einflüssen des fremden Rechtes entwickelt habe; vielmehr hat die Lehre von der Unvordenklichkeit sich, wie oben in der Einleitung dargethan worden ist, unter dem Einflusse des römischen und kanonischen Rechtes, in der ihr im heutigen Rechte beigelegten technischen Bedeutung gestaltet. — Die in der Einleitung zu dieser Lehre angeführten Urkunden aus der Zeit von beinahe sieben Jahrhunderten ergeben, daß in Teutschland die unvordenkliche Verjährung immer nur bei publicistischen Verhältnissen Anwendung gefunden habe. Unter publicistischen Verhältnissen sind aber im Mittelalter nicht blos solche zu verstehen, welche in den Kreis der Staatsgewalt, sondern auch die, welche in den Kreis der Kirchengewalt fallen, indem nach den im Mittelalter herrschenden Ansichten beide einander nicht nur gleichberechtigt gegenüber standen, sondern die geistliche Gewalt sogar über der weltlichen stand. — Unterholzner[1158]) bezweifelt, daß die goldene Bulle in der schon früher angeführten Stelle die unvordenkliche Verjährung anerkenne, da durchaus nicht erweislich sei, daß die Unvordenklichkeit als ein für sich schon entscheidender Rechtsgrund für das böhmische privilegium de non evocando et non appellando anerkannt und vorausgesetzt werde. Diesen Zweifel muß man für unbegründet erachten. Denn es wird offenbar der unvordenkliche Zustand als Grund anerkannt, um für die Zukunft denselben zu sanctioniren. Auch in dem Augsburger Reichsabschiede von 1548 kommen Bestimmungen vor, welche sich auf die unvordenkliche Verjährung beziehen. Es ist dort die Rede von Reichsständen, welche in den Reichsanschlägen als dem Reiche

1158) Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 144, S. 518.

steuerbar aufgeführt sind und gleichwohl nicht dem Reiche steuern, sondern diese Steuer an andere Reichsstände entrichten, welche deswegen die Auszieher heißen, während jene die Ausgezogenen genannt werden. Der Reichstag hatte verfügt, daß der Reichsfiscal die ausgezogenen Stände gerichtlich verfolgen solle, um ihre Reichssteuerpflichtigkeit zur rechtlichen Erörterung zu bringen und auf diese Weise eine mißbräuchliche Verminderung der Reichsgefälle zu verhüten. Doch soll auch jeder Reichsstand, welcher in der Lage ist, eine Klage des Reichsfiscals fürchten zu müssen, von freien Stücken auf rechtliche Untersuchung antragen können. In dieser Hinsicht bestimmt nun §. 56. des Reichsabschiedes Folgendes: „Wenn auch ein ausgezogener oder ausziehender Stand.... sich sobald in Recht anbieten würde, daß er in vier Monaten, oder aus erheblicher Ursachen in fünf Monaten, den nächsten, die unser kaiserliches Kammergericht zulassen mag..... [1] die Proffession vel quasi libertatis ausführen wollt, also [a] daß er, der ausgezogen, dem ausziehenden Stande ohne Mittel unterworfen, keine Stimm und Stand in Reichsversammlungen, auch keine Lehne im Reich hätte, und dagegen [b] wider ihn nicht darbracht werden möcht: daß er je in Menschen Gedächtniß des Reichs gemeinen und privilegirten Hilfen contribuiret, oder ein Anschlag gereicht und bezahlt habe, oder [2] im Fall, daß ein ausgezogener oder ausziehender Stand ausführen wollt [a] daß er der Reichs Anschlag und Hilf halben..... privilegirt sei, oder [b] wider die Reichsanschlag und Hilf legitime präscribirt habe, oder aber [c] daß einem sein Graffschaft, Herrschaft, Städt, Schlösser, oder andere Güter, die sein Eigenthum und zuvor in seinem Anschlag begriffen wären, über das sonderlich in die Reichsanschläge wollten gezogen werden; zu solcher Beweisung soll ein jeder auch vor der Litiscontestation zugelassen und darauf erkannt werden, was Recht ist......" Es wird hier den Ständen frei gestellt, ob sie sich begnügen wollen, ihren Besitzstand darzuthun oder sogleich ihr Recht selbst auszuführen. Bei der Untersuchung über den Besitzstand muß es natürlich entscheidend sein, wenn der Reichsfiscal beweisen kann, daß in der letztverflossenen Zeit (je in Menschen Gedenken) der ausgezogene Stand die Steuern an das Reich bezahlt hat. Wenn nun aber die Sache so läge, daß in dieser Hinsicht gegen das Reich erkannt werden müßte, so würde doch im Petitorium nur dann gegen das Reich erkannt werden können, wenn eine rechtmäßig erlangte Befreiung, oder eine rechtsgiltige Verjährung, oder endlich eine auf einem Irrthume beruhende Veranschlagung dargethan werden kann. Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich aus §. 63, 64 desselben Reichsabschiedes noch deutlicher[1159]). Hieraus ergiebt sich,

1159) Augsb. Reichsabsch. v. 1548 §. 63: Aber die ausgezogen, so hiebevor einige Anlag nicht erlegt hätten, und also in possessione vel quasi libertatis wären, dieselben sollen bis zu endlichen Austrag der Sachen dabei lassen und hinwieder weder sie, noch die Ausziehenden zu einiger Bezahlung nicht angehalten noch gedrungen werden. §. 64: Wo aber innerhalb Menschengedenken der aus-

daß zwar der Ausdruck „je in Menschen Gedenken" nichts mit einer Verjährung zu thun hat, daß aber eine Verjährung unstreitig in der Stelle vorkommt. Diese Verjährung wird nun nicht ausdrücklich eine unvordenkliche; es ist aber dabei an die unvordenkliche Verjährung zu denken, weil von einer Verjährung mit bestimmter Zeitdauer in dieser Anwendung nichts bekannt ist und so gut, wie nach cap. 26. X. 5. 40. Hoheitsrechte durch unvordenkliche Verjährung in die Hände von Unterthanen kommen können, natürlich auch Befreiungen auf dieselbe Weise erworben werden. Der Stelle des westphälischen Friedens, wodurch dem Hause Sachsen die Behaltung der Gerechtsame an der dem Hause Hessen-Cassel zugesprochenen Abtei Hirschfeld, quae a tempore immemoriali possidet, zugesichert wird[1160]), ist bereits in der Einleitung zu dieser Lehre gedacht worden. Es kommt aber in demselben Frieden eine über Menschen Gedenken hinausgehende Zeit noch in einer anderen Beziehung vor[1161]). Es ist nämlich die Rede von Reichslanden, welche ein Reichsstand dem andern vor Menschen Gedenken verpfändet hat. Von einer Unvordenklichkeit im Sinne des römischen Rechtes ist, wie sich von selbst ergiebt, hier die Rede nicht; denn wenn ein Reichsland so lange im Pfandbesitze gewesen ist, daß man es gar nicht mehr anders weiß, so ist auch nicht wohl abzusehen, wie man dann wissen kann, daß der Besitz ein bloßer Pfandbesitz ist und wie man die Summe ausmitteln soll, für welche die Verpfändung stattgefunden hat. Eine Verpfändung vor Menschen Gedenken ist also hier nur so viel, als eine Verpfändung aus älterer Zeit[1162]). Für den Begriff der Unvordenklichkeit sowenig, wie für das Recht der unvordenklichen Verjährung, ist aus dieser Stelle des westphälischen Friedens etwas zu entnehmen. — Schließlich machen wir noch darauf aufmerksam, daß in vielen der in der Einleitung aufgeführten Stellen von Urkunden der Ausdruck consuetudo von dem unvordenklichen Besitz häufig gebraucht wird. Es wird dadurch unsere obige Bemerkung, daß bei publicistischen Verhältnissen unvordenkliche Verjährung und Gewohnheitsrecht nicht streng geschieden werden können, sondern zusammenfallen, nur bestätigt.

II. Zusammenstellung der Rechtsgrundsätze über unvordenkliche Verjährung. A) Fälle der Anwendung. Aus den Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen zusammengefaßt mit denen des römischen Rechtes ist nun von Savigny für die Anwendung der unvordenklichen Zeit folgender Grundsatz abgeleitet wor-

---

gezogen Stand dem Reich einmal, zwei oder mehr gesteuert hätte; so soll solcher Stand, mittlerzeit rechtlicher Erörterung der Sachen, der Steuer nicht befreit, sondern dieselben zu reichen schuldig sein. Diese beiden Paragraphen sind wörtlich wiederholt im Regensburger Reichsabschied von 1576 §. 104, 105.

1160) Inst. pac. Osnabrug. Art. XV. §. 2.

1161) Inst. pac. Osnabrug. Art. V. §. 27.: Quae vero bona status imperii sibi invicem pignoris iure ante hominum memoriam obligaverunt etc.

1162) Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 522.

den: Sie wird in allen und nur in solchen Fällen erfordert, wo durch Zeit entweder ein Recht von publicistischem Charakter oder die Befreiung Einzelner von einem Rechte dieser Art erworben werden soll. Im römischen Rechte hat dieses Institut eine sehr untergeordnete Stellung, ist aber vom Mittelalter her zu einer wichtigen und häufigen Anwendung gelangt. Im Mittelalter wurden nämlich die Staatsgewalt im Ganzen sowohl als die einzelnen Hoheitsrechte in Teutschland als lehensfähiges Object betrachtet und konnten durch Belehnung in Privatbesitz übergehen, und nicht nur der Kaiser verlieh auf solche Weise, sondern auch die von dem Kaiser beliehenen Reichsstände verliehen einzelne der vom Kaiser erhaltenen Hoheitsrechte wieder innerhalb gewisser Grenzen weiter an ihre Unterthanen. Die Ausdehnung des Grundsatzes der Lehnbarkeit der Staatsgewalt und ihre einzelnen Befugnisse auf die Kirchengewalt und deren einzelne Befugnisse lag nicht fern, besonders da die Kaiser, gleich Grafschaften und Herzogthümern, auch Abteien und Bisthümer zu Lehen gaben [1163]). Es findet sich nun nach den oben mitgetheilten Urkunden die Anwendung der unvordenklichen Zeit häufig in Bezug auf solche Befugnisse, zu deren Erwerb es einer speciellen Verleihung von Seiten der obersten Staatsgewalt oder der Kirchengewalt bedürfen würde, und die unvordenkliche Zeit ersetzt dann den Mangel einer solchen speciellen Verleihung. Die unvordenkliche Zeit hat aber nicht blos in Bezug auf Hoheitsrechte Bedeutung. Sie hat ebenso Bedeutung in anderen dem öffentlichen Rechte angehörigen Verhältnissen, z. B. in Gemeindeverhältnissen, in den Verhältnissen des Gutsherrn als der Obrigkeit der Dorfgemeinde zu der Dorfgemeinde und ihren Mitgliedern, und sie vertritt in solchen Verhältnissen die Stelle einer ausdrücklichen Satzung, eines Statutes, und fällt mit dem örtlichen Gewohnheitsrechte zusammen, bedarf aber eines besonderen Beweises der s. g. opinio necessitatis nicht, indem diese aus der Unvordenklichkeit von selbst hervorgeht. Da in allen diesen dem öffentlichen Rechte angehörigen Verhältnissen ein Quasibesitz sich denken läßt, auch vermöge allgemeinen Gewohnheitsrechtes angenommen wird, so muß für die Anwendung des Institutes im heutigen Rechte das Dasein eines Besitzes als erste Bedingung angenommen werden. — Was den inneren Werth dieses Rechtsinstitutes anlangt, so haben sich seit alter Zeit praktische Schriftsteller bestimmt, zum Theil sehr stark, dagegen ausgesprochen [1164]). Dagegen ist dasselbe aber auch wieder sehr in Schutz genommen worden [1165]). Mit Savigny muß man sie im öffentlichen Rechte für unentbehrlich erachten; sie wird sich, die Juristen mögen darüber urtheilen, wie sie wollen, unfehlbar Bahn brechen, so oft eine Veranlassung dazu vorhanden ist. Im Privatrechte kann sie entbehrt werden, wenn durch

1163) Dunker, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. II, S. 50 flg.
1164) Ludewig, Opusc. miscell. T. I. p. 508—511. Neller l. c. p. 117.
1165) Häschel, zerstreute Blätter Th. 1, S. 373—378.

bestimmte und kurze Verjährungen für dieselben Zwecke gesorgt ist. Was die neueren Gesetzbücher anlangt, so hat das französische Gesetzbuch die unvordenkliche Verjährung ganz abgeschafft, indem es diejenigen Servituten, auf welche sie durch die frühere Praxis angewendet wurde, für unverjährbar erklärt[1166]). Auch das preußische Landrecht hat sie nicht aufgenommen, dagegen aber in einigen Fällen, in welchen sie nach gemeinem Rechte gelten würde, Verjährungen von bestimmter, nur ungewöhnlich langer Dauer vorgeschrieben[1167]). — Was nun die Fälle der Anwendung der unvordenklichen Verjährung betrifft, so kommt sie in rein privatrechtlichen Verhältnissen nicht zur Anwendung. So namentlich nicht bei Servituten, bei welchen die bestimmte 10jährige Ersitzung sie entbehrlich macht. Ebenso auch nicht bei dem Pfandrechte und bei den Obligationen, wo die unvordenkliche Verjährung allerdings nicht überflüssig sein würde, da in denselben überhaupt eine Ersitzung nicht vorkommt, aber auch kein Bedürfniß ist, indem die Klagenverjährung hier völlig ausreicht und die unvordenkliche Zeit zur Ergänzung nicht nöthig ist. Bei den zahlreichen und wichtigen Reallasten des teutschen Rechtes will Savigny[1168]) folgenden Unterschied beobachtet wissen. Diejenigen, welche als bloße Modificationen des Grundeigenthums zu betrachten seien, würden, sowie die römischen Servituten, durch die gewöhnliche Ersitzung von 10 oder 20 Jahren erworben und bedürften der unvordenklichen Zeit nicht. Dagegen würden die, welche auf einem Subjectionsverhältnisse beruhen, welches stets dem öffentlichen Rechte angehöre, nur durch unvordenklichen Besitz erworben. Dieser Unterschied muß als in der Natur der Sache begründet anerkannt werden. Nur darf dabei nicht aus den Augen gelassen werden, daß viele Gerechtsame, welche heutzutage nur als Modificationen des Grundeigenthums erscheinen, wie die gutsherrlich-bäuerlichen Lasten, ursprünglich auch einen publicistischen Charakter an sich tragen, indem die Gutsherrlichkeit eine obrigkeitliche, auch noch bis auf die neueste Zeit durch die Particulargesetzgebung anerkannte Gewalt war. Dieser ursprünglich publicistische Charakter der gutsherrlich-bäuerlichen Lasten ist freilich weder in der Volksüberzeugung, noch in der Doctrin mehr vorhanden; vielmehr werden diese Lasten als rein privatrechtlich behandelt. Es darf aber der ursprünglich publicistische Charakter dieser Lasten durchaus nicht übersehen werden. Sofern freilich der Gutsherr gegen den Besitzer eines bestimmten Grundstückes solche Lasten in Anspruch nimmt, muß nach den früher von uns entwickelten Grundsätzen die bestimmte Ver-

---

1166) Cod. civil art. 691.

1167) So soll der Besitz der Steuerfreiheit nach 50 Jahren die Vermuthung eines rechtmäßigen Erwerbes hervorbringen. Preuß. Landrecht Th. I, Tit. 9, §. 655—659. Ebenso der Besitz des Adels, wenn derselbe entweder im J. 1740 bestanden oder 44 Jahre fortgedauert hat. Preuß. Landrecht Th. II, Tit. 9, §. 18, 19.

1168) Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 4, S. 613 flg.

jährung für ausreichend erachtet werden[1169]), so daß hier die unvordenkliche Verjährung ganz überflüssig wäre. Wenn aber der Gutsherr die Pflicht eines bestimmten Grundstückes nicht auf bestimmte Verjährung gegen dasselbe gründet, weil er solche vielleicht nicht erweisen kann, sondern auf unvordenkliche Verjährung, so muß die Berufung auf letztere zugelassen werden, wenn sie auch nicht in Bezug auf das bestimmte Grundstück, von welchem die fragliche Last gefordert wird, erweislich ist, sondern nur in der Art bewiesen werden kann, daß in allen gleichartigen Fällen alle Eigenthümer der Grundstücke desselben Bezirkes dieselbe Leistung über Menschen Gedenken entrichtet haben. Die unvordenkliche Verjährung vertritt hier die Stelle eines localen Gewohnheitsrechtes und fällt mit demselben zusammen, und unterscheidet sich von demselben nur darin, daß der Beweis der s. g. opinio necessitatis durch die Unvordenklichkeit ersetzt wird. In Gemeindeverhältnissen kann von privatrechtlichen Reallasten keine Rede sein. Werden dem Besitzer eines Grundstückes als solchem von der Gemeinde infolge dieses Besitzes Leistungen außer auf den Grund speciellen Vertrages zum Besten der Gemeinde angesonnen, so sind dies Leistungen publicistischen Charakters, welche in der Gemeindeverfassung, ihren Statuten oder Gewohnheiten begründet sind. Ist der hierauf beruhende Grund der Verbindlichkeit zu solchen Leistungen behauptet und erweislich, so kann sich der Besitzer eines Grundstückes nur durch Berufung auf bestimmte befreiende Verjährung für sein Grundstück oder auf unvordenkliche Verjährung, vermöge welcher in allen gleichartigen Fällen die Besitzer solcher Grundstücke von der angesonnenen Gemeindelast frei gewesen seien, schützen. Bei Gerechtsamen, welche sich über einen bestimmten Bezirk erstrecken, wie bei Zwangs- und Bannrechten, wird derjenige, welcher die Berechtigung behauptet, sich in Ermangelung eines Privilegiums auf unvordenkliche Verjährung stützen müssen: derartige Rechte sind nämlich nicht Berechtigungen an einzelnen Grundstücken, sondern Ortsrechte, Rechte, welche sich über einen ganzen Bezirk erstrecken. Sie sind Ausflüsse der obersten Staatsgewalt; sie bedürften zur Uebertragung an eine Privatperson eines Specialgesetzes, eines Privilegiums, und den Mangel desselben kann nur die unvordenkliche Verjährung, welche hier die Stelle des Specialgesetzes vertritt, ersetzen. Der Berufung auf unvordenkliche Verjährung und deren Beweises bedarf es aber nicht blos, wenn gegen den Staat ein solches Recht, welches eigentlich auf Verleihung von Seiten der höchsten Staatsgewalt beruhen müßte, bestritten wird, sondern es bedarf derselben auch, wenn ein solches Recht gegen alle oder einzelne Einwohner eines bestimmten Bezirkes in Anspruch genommen wird, sofern nicht gegen den Besitzer eines bestimmten Grundstückes die bestimmte Verjährung erweislich ist. Bei denjenigen Lasten, welche ursprünglich in einer in der jetzigen Volksüberzeugung nicht mehr be-

1169) Vgl. den Artikel Reallasten Bd. IX, S. 112 flg.

gründeten Gewalt, in der Vogtei, in der Leibherrlichkeit u. s. w. ihren Ursprung haben, z. B. das Besthaupt (mortuarium), das Schutzgeld u. s. w., welche aber gleichwohl häufig, wie das Besthaupt, in der Wirklichkeit als Lasten eines bestimmten Grundstückes erscheinen, wird die Berechtigung gleichfalls auf unvordenkliche Verjährung zu gründen sein, insofern nicht gegen den Besitzer eines bestimmten Grundstückes die bestimmte Verjährung erweislich ist, welchenfalls die Last allerdings als eine Reallast erscheinen würde, während sie außerdem nur als Ausfluß eines im Staate anerkannten Subjectionsverhältnisses sich darstellt. Wenn Savigny[1170]) die Anwendung der unvordenklichen Zeit auf den Privatbesitz solcher Rechte beschränkt, welche einen publicistischen Charakter an sich tragen, sie hier aber auch für allgemein anwendbar erklärt, vorausgesetzt, daß solche Rechte nach der besonderen Verfassung gerade dieses Staates durch einen Rechtstitel (Vertrag oder Privilegium) erworben werden können, so ist dies unter den erwähnten Einschränkungen zu verstehen. Privilegium kann nur da verlangt werden, wo es sich um Ausübung solcher Rechte oder Befreiung von solchen handelt, welche der obersten Staatsgewalt, seien es wesentliche oder nur nach der Verfassung des bestimmten Staates zustehende nutzbare Hoheitsrechte, zustehen. Hier ersetzt die unvordenkliche Verjährung den Mangel des Privilegium, der speciellen Verleihung von Seiten der Staatsgewalt, eines Specialgesetzes. In Communalverhältnissen ersetzt die unvordenkliche Verjährung den Mangel eines Statutes oder Gewohnheitsrechtes insofern, als einzelne Gemeindeglieder oder ganze Classen derselben die Zuständigkeit gewisser Nutzungen am Gemeindevermögen oder Befreiung von Gemeindelasten behaupten und nicht beweisen können, daß in Bezug auf bestimmte Grundstücke ein solcher Anspruch auf Ausübung oder Befreiung durch bestimmte Verjährung begründet sei. Bei den gutsherrlich-bäuerlichen Lasten ist die unvordenkliche Verjährung, ungeachtet dieselben, uneingedenk ihres publicistischen Ursprunges, heutzutage lediglich als privatrechtliche Leistungen betrachtet werden, insofern von Nutzen und wirksam, als die Verpflichtung zu einer bestimmten Leistung nicht auf Vertrag oder bestimmte Verjährung gegen ein einzelnes Grundstück, sondern darauf gestützt wird, daß in allen gleichartigen Fällen die Grundstücksbesitzer desselben Bezirkes über Menschen Gedenken dieselbe Leistung entrichtet haben, wenn auch daraus in einem einzelnen Falle auch nur die Verpflichtung eines einzelnen Grundstückes abgeleitet wird. Sie vertritt hier die Stelle des Gewohnheitsrechtes, nur mit dem Unterschiede, daß es hier eines besonderen Nachweises der sog. opinio necessitatis nicht bedarf, indem dieser durch die Unvordenklichkeit ersetzt wird. — Wo die unvordenkliche Verjährung hiernach statthaft ist, da ersetzt sie den im einzelnen Falle unerweislichen Titel. — Es ist schon früher die Frage aufgeworfen worden, in welchem Verhältniß die unvor-

1170) Savigny a. a. O. Bd. 4, S. 514.

denkliche Verjährung zur Ersitzung stehe. Savigny hat diese Frage dahin beantwortet, daß sie nur als Surrogat der auf bestimmte Zeit nachgewiesenen Ersitzung vorkommen könne. Die Frage, ob sie ein Surrogat für fehlende Bedingungen der Ersitzung oder aber für die zur Ersitzung ungeeignete Natur des Gegenstandes sein solle, beantwortet Savigny[1171]) dahin, daß es nicht der Mangel der Bedingungen, sondern die Natur des Gegenstandes sei, was die Anwendung der unvordenklichen Zeit herbeiführe. Man könne daher als Regel annehmen, daß es durch die Natur der Gegenstände bestimmt werde, ob nur die gewöhnliche Ersitzung allein oder nur die unvordenkliche Zeit allein zur Anwendung komme, so daß nicht bei einem und demselben Gegenstande beide Institute (das eine als Surrogat des andern) angewendet werden. Von diesem letzten Satze gebe es nur eine einzige, im cap. 1. de praescript. in VI. II. 13. begründete Ausnahme, wenn gegen eine Kirche durch Zeitablauf erworben werden solle im Widerspruche mit den Regeln der Kirchenverfassung; in diesem Falle soll, bei dem Dasein eines Titels, die gewöhnliche Ersitzung, in Ermangelung desselben, die unvordenkliche Zeit als Surrogat zur Anwendung kommen. Wir haben schon oben unsere abweichende Ansicht angedeutet und die Meinung aufgestellt, daß die unvordenkliche Verjährung allerdings auch bei Reallasten, welche heutzutage als rein privatrechtliche gelten, statthaft und wirksam sei, insofern die dem Besitzer eines bestimmten Grundstückes angesonnene Leistung nicht auf Ersitzung gegründet wird, sondern darauf, daß seit unvordenklicher Zeit die Besitzer solcher Grundstücke in einem bestimmten Distrikte in allen gleichartigen Fällen dieselbe Last übernommen und getragen haben. Die unvordenkliche Verjährung ist hier allerdings Surrogat der Ersitzung bei Gegenständen, wo dieselbe sonst regelmäßig stattfindet; sie ist wirksam, weil die Erfordernisse der Ersitzung möglicher Weise gegen das bestimmte Grundstück nicht vorhanden sind. Es kommt also hiernach die unvordenkliche Verjährung und die Ersitzung allerdings bei einem und demselben Institute vor. Es ist auch bereits bemerkt worden, daß die unvordenkliche Verjährung hier mit dem Gewohnheitsrechte zusammenfalle; es ist nur der Unterschied, daß bei einem Gewohnheitsrechte zu dem längeren Bestehen eines Zustandes die opinio necessitatis hinzutreten und bewiesen werden muß, welche aber im Falle der unvordenklichen Verjährung durch die Unvordenklichkeit ersetzt wird. Die Zulässigkeit der unvordenklichen Verjährung hier rechtfertigt sich durch die ursprünglich publicistische Natur vieler Reallasten, welche heutzutage als rein privatrechtliche gelten und deshalb auch als Gegenstand der gewöhnlichen Ersitzung allgemein angesehen werden. — Es ist insbesondre noch die Frage aufgeworfen worden, ob eine sogenannte res merae facultatis durch unvordenkliche Zeit erworben werden könne. Diese Frage ist zu verneinen, weil hier rein privatrechtliche Verhältnisse zu

1171) Savigny ebd. S. 514 flg.

Grunde liegen. So ist es, wenn ein gewöhnliches Pachtverhältniß mehrere Generationen hindurch stillschweigend verlängert wird und nun der Pachter dem Eigenthümer das Recht der Kündigung wegen angeblicher unvordenklicher Verjährung bestreitet. Savigny[1172]) rechnet auch den Fall hierher, wenn über Menschengedenken die Einwohner eines Dorfes ihre Bedürfnisse von einem benachbarten Handlungshause, dessen Firma unverändert geblieben ist, ununterbrochen gekauft haben und nun verhindert werden sollten, von einem andern Handelsmanne zu kaufen. Sollte dies so unbedingt wahr sein, daß hier eine unvordenkliche Verjährung nicht angenommen werden könne, so würde die Begründung eines Zwangs- und Bannrechtes auf diesem Wege unmöglich sein. Es ist aber unbestritten, daß ein Zwangs- und Bannrecht Gegenstand des Quasibesitzes und der Ersitzung sein kann. Ebensowenig kann daran Zweifel sein, daß ein Zwangs- und Bannrecht als Ausfluß der Staatsgewalt und ursprünglich publicistisches Verhältniß durch Gewohnheitsrecht in der Weise begründet werden kann, wenn erweislich seit langer Zeit die Einwohner eines gewissen Districtes in der Meinung, dazu verpflichtet zu sein, ein bestimmtes Bedürfniß immer nur bei einer bestimmten Person, gewöhnlich dem Besitzer eines bestimmten Grundstückes, befriedigt haben und entgegengesetzte Fälle nicht vorgekommen sind. Die unvordenkliche Verjährung kann hier nicht ausgeschlossen sein. Man könnte dieselbe als Verjährung deshalb für unstatthaft erachten wollen, weil es dem über Menschengedenken bestehenden factischen Zustande an dem Erfordernisse der Rechtsausübung fehle, mithin ein eigentlicher Quasibesitz nicht vorhanden sei. Allein man kann hier zur Begründung des Quasibesitzes besondere Prohibitivacte nicht verlangen. Der über Menschengedenken bestehende factische Zustand enthält eben, weil er über Menschengedenken besteht und nie anders gewesen ist, das Merkmal der Ausschließlichkeit in sich. Jedenfalls trägt aber ein solcher über Menschengedenken bestehender factischer Zustand bei Verhältnissen, welche ursprünglich publicistischer Natur sind, den Charakter eines Gewohnheitsrechtes an sich, und die bei dem Gewohnheitsrechte nothwendige opinio necessitatis ergiebt sich aus der Unvordenklichkeit. Es ist hier nochmals darauf aufmerksam zu machen, daß in mehreren der oben mitgetheilten Stellen aus Urkunden, welche der unvordenklichen Verjährung Erwähnung thun, dieselbe mit der consuetudo ausdrücklich zusammengestellt, mit derselben als gleichbedeutend genommen wird. Auch bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß in publicistischen Verhältnissen Gewohnheitsrecht und unvordenkliche Verjährung nicht scharf geschieden werden können. Die unvordenkliche Verjährung wird sich in publicistischen Verhältnissen wohl als die Form des Gewohnheitsrechtes bezeichnen lassen, wodurch vom öffentlichen Rechte abweichende Rechtssätze eingeführt werden.

1172) Savigny ebd. S. 515.

B. Art der Anwendung. Die unvordenkliche Zeit beruht auf dem Bewußtsein von zwei Generationen; die jetzt Lebenden sollen wissen, daß der gegenwärtige Zustand, so lange ihre Erinnerung reicht, unverändert bestanden hat; es soll ihnen ferner von ihren unmittelbaren Vorfahren nicht die Wahrnehmung eines entgegengesetzten Zustandes mitgetheilt worden sein. Dadurch erhält die Thatsache der unvordenklichen Zeit zwei Theile, einen positiven und einen negativen. Auf beide Theile muß der Beweis gerichtet werden und für jeden Theil ist die Entkräftung durch Gegenbeweis zulässig. So hat sich die Sache in der neueren Praxis vollständig ausgebildet. Die Grundlage derselben bilden zwei Stellen des römischen Rechtes, beide von der actio aquae pluviae handelnd. In der einen Stelle[1173]) ist Beweis und Gegenbeweis nicht genau unterschieden; wohl aber sind die entscheidenden Thatsachen genau bezeichnet. Die unvordenkliche Zeit ist widerlegt, wenn ein jetzt Lebender entweder selbst die Entstehung der Anstalt (durch Privatwillkür) wahrgenommen, oder wenn er diese Entstehung von demjenigen, welcher sie erlebte, selbst vernommen hat. Deutlich ausgedrückt sind hier die zwei Generationen; wer nicht eigene Erfahrung bezeugen kann, soll wenigstens denjenigen, welcher eine solche hatte, selbst gesprochen haben, so daß es nicht genügt, wenn der Aeltere unter diesen beiden blos das erzählte, was ihm wiederum seine Vorfahren mitgetheilt haben. Die andere Stelle[1174]) stimmt mit der vorher erwähnten, bis

---

1173) L. 2. §. 8. D. 39. 3. von Paulus: Idem Labeo ait, cum quaeritur, an memoria exstet facto opere: non diem et consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si qui sciat factum; hoc est, si factum esse non ambigatur: nec utique necesse esse, superesse qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint.

1174) L. 28. D. 22. 3. (Labeo, lib. 7. Tithanon a Paulo epitomatorum.): ... sed cum omnium haec est opinio, nec audisse, nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent: et hoc infinite similiter sursum versum accidit: tum memoriam operis facti non exstare. Die Ueberschrift dieser Stelle: Labeo etc. ist nach der ganz richtigen Bemerkung von Savigny a. a. O. Bd. 4, S. 518, N. f. nicht unwichtig, weil dadurch diese und die in der vorigen Note angeführte Stelle auf dieselben Urheber (Paulus und Labeo) zurückgeführt werden. Es wird dadurch besonders nöthig, beide Stellen als übereinstimmend, nicht als widersprechend, anzusehen. Das „neque ex eis audisse" etc. geht hier, wie in dem vorhergehenden Satze, nicht auf eine die Vergangenheit betreffende Erzählung, sondern auf ein gleichzeitiges selbsterlebtes Ereigniß, welches der Zeuge nur nicht mit eigenen Augen sah, sondern aus sicherer Erzählung vernahm. Statt der hier angenommenen Lesart: tum memoriam operis facti non exstare, welche sich auf edit. Paris. Checallon. 1528., in welcher Ausgabe Handschriften benutzt sind, gründet, liest die Florentina und Vulgata: cum memoria operis facti non exstaret. Die Basiliken (Lib. XXIII. Tit. 1. cap. 28.) sammt dem index des Dorotheus dazu (Sch. *Λέγει ὁ Λαβεών* (ed. Heimb. T. II. p. 480.)) geben hier nichts für den ursprünglichen Text an die Hand. Durch die hier mit Savigny aufgenommene Lesart wird der Satz erst zum entscheidenden Nachsatze und es wird dadurch erst ein befriedigender Zusammenhang in den letzten Theil der Stelle gebracht.

auf die Worte et hoc ... accidit, nach welchen man annehmen könnte, die unvordenkliche Zeit könne durch jede, wenngleich von den entferntesten Vorfahren herrührende, bis jetzt fortgepflanzte, Tradition widerlegt werden, völlig überein. Davon, ob eine solche Tradition von Einfluß sein könne, wird noch bei dem Gegenbeweise die Rede sein. Die von Savigny aufgestellte, hier angenommene Ansicht, daß die Unvordenklichkeit auf dem Bewußtsein zweier Generationen beruhe, darf aber unserer Ansicht nach nicht so verstanden werden, daß es, je nachdem man ein Menschenalter zu 33 oder zu 40 Jahren annimmt, genüge, wenn die Dauer eines bestimmten Zustandes auf 66 oder auf 80 Jahre nachgewiesen werde. Sonst würde die unvordenkliche Verjährung nur zu einer bestimmten Verjährung von längerer Dauer, als die längste bestimmte Verjährung, und es würde daher weit angemessener gewesen sein, wenn die Gesetze eine so lange bestimmte Verjährung von 66 bezüglich 80 Jahren vorgeschrieben hätten. Eine bestimmte Zeitgrenze ist überhaupt mit der Unvordenklichkeit unvereinbar. Wenn ein 80 Jahre alter Zeuge aussagt, er habe seit der Zeit, so lange er sich zu erinnern vermöge, was seit der Zeit seiner Kindheit, also vom siebenten Jahre an der Fall sein kann, nie einen anderen, als den gegenwärtigen Zustand gekannt, auch von seinen unmittelbaren Vorfahren nicht gehört, daß jemals ein anderer als der gegenwärtige Zustand existirt habe, so ist es klar, daß diese Aussage sich auf einen weit längeren Zeitraum als 66, bezüglich 80 Jahre erstreckt, daß sie sich vielmehr auf einen Zeitraum von 100 Jahren und weit darüber erstrecken kann. Werden noch ältere als 80jährige Zeugen vernommen, so ist möglicher Weise der Zeitraum, auf welchen sie theils aus eigener Wissenschaft, theils aus dem, was sie von ihren Vorfahren gehört haben, aussagen, noch viel länger. Es kann hiernach die Unvordenklichkeit nicht in eine bestimmte Zeitdauer aufgelöst werden. In dieser Beziehung erscheinen auch die oben erwähnten altteutschen Weisthümer nicht unwichtig, in welchen auf den von Alters hergebrachten Zustand Gewicht gelegt wird, ohne daß eine bestimmte Zeitdauer dieses Zustandes dabei verlangt wird. — Uebrigens ist zu bemerken, daß die Beschränkung der Unvordenklichkeit auf das Bewußtsein von zwei Generationen nur Anwendung finden kann, sobald es sich innerhalb desselben Staates um unvordenkliche Verjährung handelt, um Ausnahmen und Abweichungen von dem öffentlichen Rechte dieses Staates zu Gunsten eines Unterthanen desselben zu begründen. Wenn aber zwei souveräne Staaten wegen Ausübung der Staatsgewalt oder einzelner Hoheitsrechte mit einander streiten, und sich deshalb, sei es infolge der in der teutschen Bundesacte Art. 11 enthaltenen Bestimmung der dort vorgesehenen Austrägalinstanz oder compromißweise einer schiedsrichterlichen Entscheidung unterwerfen, so kann jene Beschränkung der Unvordenklichkeit auf das Bewußtsein zweier Generationen gar nicht zur Anwendung kommen. Denn die hier in Betracht kommenden Thatsachen können möglicher Weise einen Zeitraum von

mehreren Jahrhunderten umfassen, und daß es hierbei nicht auf das Bewußtsein zweier Generationen ankommen kann, um demjenigen Staate, welcher die Landeshoheit oder einzelne Hoheitsrechte während der Zeit, in welche das Bewußtsein der letzten zwei Generationen fällt, ausgeübt hat, ohne einen speciellen Rechtsgrund dafür erweislich machen zu können, vor demjenigen solche zuzusprechen, welcher vor dieser Zeit die Landeshoheit oder einzelne Hoheitsrechte notorisch und selbst mit Anerkennung des anderen Staates unbestritten lange Zeit ausgeübt hat, liegt in der Natur der Verhältnisse, in dem Umstande, daß die teutschen Staaten ihren jetzigen Bestand erst im Laufe mehrerer Jahrhunderte erlangt haben, und geschichtliche, wenn auch das Bewußtsein zweier Generationen überschreitende, Thatsachen hier nicht ignorirt werden können, sondern nothwendig in Betracht gezogen werden müssen. Einen merkwürdigen auffälligen Beleg für diese von uns hier aufgestellte Ansicht liefert der zwischen S. Weimar-Eisenach und S. Meiningen wegen der Landeshoheit über die Herrschaft Unterrhon vor dem OAGerichte zu Jena als erwähltem Schiedsgerichte verhandelte und von diesem Gerichte entschiedene Streit, über welchen eine besondere Abhandlung von Ortloff erschienen ist[1175]. Unserer Ansicht nach ist die in petitorio zu Gunsten S. Meiningens gefällte Entscheidung umsomehr gerechtfertigt, als auch im possessorium ordinarium der ältere, bezüglich bessere Besitz S. Meiningens hätte anerkannt werden müssen.

C. Beweis der unvordenklichen Verjährung und Gegenbeweis. Die angegebenen Grundsätze über die Art der Anwendung der unvordenklichen Verjährung sind nunmehr sowohl bei dem Beweise als bei dem Gegenbeweise durchzuführen. Dieses kann am anschaulichsten nach der Ordnung der einzelnen Beweismittel geschehen. 1) Das am häufigsten angewendete und angemessenste Beweismittel sind Zeugen, deren Aussage sich sowohl auf ihre eigene Erinnerung als auf die Vergangenheit beziehen muß. Ueber den Zeitraum, auf welchen sie die Dauer des gegenwärtigen Zustandes aus eigener Erinnerung zu bezeugen haben, sind die Meinungen getheilt, indem es an gesetzlichen Vorschriften fehlt. Manche sind der Meinung, daß sich über die Zeitdauer gar nichts nach bestimmten Jahren festsetzen lasse, und wollen hinsichtlich der Beantwortung der Frage, wann man von einem Zustande sagen könne, er sei ein unvordenklicher, es bei den allgemeinen Bestimmungen des römischen Rechtes belassen wissen, nach welchen eine von Alters her bestehende vetustas dazu gehöre; alles weitere soll der Beweistheorie und dem concreten Falle überlassen werden[1176]. Buchka[1177]) nimmt

---

1175) Vgl. Ortloff in den von ihm, Heimbach und Vermehren herausgegebenen 2. Bande der jurist. Abhandl. und Rechtsfälle (Jena 1857) Nr. II.

1176) So unter den neueren Schriftstellern Friedländer a. a. O. Bd. 2, S. 76. Schelling a. a. O. S. 115 flg.

1177) Buchka a. a. O. S. 30, 36, 44, 49.

ebenfalls als unzweifelhaft an, daß die Zeit von einem Menschenalter sich nicht in einer bestimmten Anzahl von Jahren feststellen lasse; unterscheidet aber hiervon die Frage, ob nicht eine gewisse Anzahl von Jahren als Minimum anzunehmen sei, was von mehreren Schriftstellern dahin, daß die Zeit von 40 Jahren ein solches Minimum abgebe, entschieden, von anderen die Dauer zweier Menschenalter erfordert würde; er selbst erklärt sich in Bezug auf die deshalbige Beweisführung dahin, daß zu dem Zeugnisse über das Bestehen des Besitzes während der ganzen von der Erinnerung der Zeugen umfaßten Zeit verhältnißmäßig alte Leute erfordert würden, deren Erinnerung das letzte Menschenalter umfasse und sich nicht auf einen geringeren als einen 40jährigen Zeitraum erstrecken dürfe. Savigny[1178]) spricht sich über den Umfang der Zeit, welche hier als Menschenalter gedacht werde und welche die Zeugen mit ihrer Aussage umfassen müßten, dahin aus, die richtige Meinung gehe auf eine Zeit von wenigstens 40 Jahren. Dieser Ansicht müssen auch wir beipflichten. Dafür spricht erstens die Stelle des kanonischen Rechtes, welche neben einem Titel 40 Jahre, in dessen Ermangelung die unvordenkliche Zeit erfordert[1179]); hiernach darf die unvordenkliche also nicht weniger als 40 Jahre betragen, und das Mehr liegt in dem Hinzutreten der negativen Theile des Beweises. Zweitens wird diese Ansicht durch die Stellen des römischen Rechtes unterstützt, worin vetustas für einen Zeitraum von 40 Jahren genommen wird[1180]), indem dadurch diese Stellen mit denjenigen, in welchen vetustas die unvordenkliche Zeit bezeichnet, in Zusammenhang gebracht werden. Drittens spricht dafür, daß die längste Zeit der außerordentlichen Ersitzung 40 Jahre beträgt, und doch füglich eine geringere Zeit für die Dauer des gegenwärtigen Zustandes, abgesehen von dem negativen Theile des Beweises, bei der unvordenklichen Verjährung nicht für genügend erachtet werden kann, als die längste Zeit bei der Ersitzung. In den königlich sächsischen Gerichten wird ein Zeitraum von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen für genügend gehalten[1181]). Nach einer anderen Meinung soll die Zeit verschieden sein und nur für jeden einzelnen Fall mehr betragen, als in demselben Falle die ordentliche Verjährung betragen würde, also in gewöhnlichen Fällen mehr als 30 Jahre, gegen eine Kirche über 40, gegen den Pabst über 100 Jahre[1182]). Durch diese Meinung wird allerdings der Einwurf aus cap. 1. de praescript. in VI. II. 13. beseitigt, indem diese nun mehr als 40 Jahre nur deswegen fordern würde, weil gerade von der Verjährung gegen eine Kirche die Rede ist, welche eben in der Regel 40 Jahre beträgt. Dennoch ist diese Meinung mit Sa-

---

1178) Savigny a. a. O. S. 520.

1179) Cap. 1. de praescript. in VI. II. 13.

1180) L. 2. Th. C. IV. 13. L. 7. C. de fundis rei privatae. (XI. 66. (65.))

1181) Kind, Quaest. for. T. III. cap. 62.

1182) Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 148, 150. Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 22, 52.

vigny zu verwerfen. Denn erstens geht die unvordenkliche Verjährung meistens auf solche Rechtsverhältnisse, welche gar keine ordentliche Verjährung haben; dann gehen die zur Bezeichnung der Unvordenklichkeit in den Rechtsquellen gebrauchten Ausdrücke (vetustas und quod memoriam excedit) nicht auf etwas Relatives, je nach der Verjährungszeit einzelner Rechte Verschiedenes, sondern auf etwas Absolutes, nur durch menschliche Erinnerung Begrenztes. Dagegen kann der dritte von Savigny geltend gemachte Grund, der darin besteht, daß nur gegen die römische Kirche mehr als 100 Jahre nöthig sein würden, da doch zwei Menschenalter durch die bestimmte Zeit von 100 Jahren schon völlig absorbirt würden, nicht als triftig anerkannt werden, indem auch hier die, unseres Erachtens unrichtige und mit der Natur und dem Begriffe der unvordenklichen Verjährung unvereinbare Ansicht zu Grunde liegt, daß die unvordenkliche Verjährung eine bestimmte außergewöhnlich lange Verjährung sei. Auch kann nach dem früher über die mögliche Dauer der Erinnerung zweier Generationen Bemerkten gar nicht zugegeben werden, daß die bestimmte Zeit von 100 Jahren die Zeit der Erinnerung zweier Generationen völlig absorbire. — Mit dieser Länge des Zeitraumes hängt das nöthige Alter der zu einem solchen Beweise tauglichen Zeugen zusammen. Eine sehr verbreitete und in der Praxis häufig angenommene Meinung verlangt ein Alter der Zeugen von 54 Jahren, indem vor der Pubertät kein sicheres Bewußtsein möglich sein soll, so daß nach Abrechnung der 14 bewußtlosen Lebensjahre noch 40 Jahre sicherer Erinnerung übrig bleiben[1183]). Indessen ist nicht einzusehen, wie man hier, wo es auf eine blos psychologische Bestimmung ankommt, sich so streng an einen bestimmten juristischen Termin halten will. Ebensoviel und noch mehr hat es für sich, die gesetzliche Grenze der Kindheit, also das vollendete siebente Lebensjahr, als den Anfangspunkt der Berechnung des zur Bezeugung des unvordenklichen Besitzes erforderlichen Alters zu betrachten[1184]), da die in Jahren vorgerückten Zeugen sich bekannter Erfahrung nach dessen, was sie in früher Jugend gehört und gesehen haben, oft sehr bestimmt und viel genauer erinnern, als solcher Thatsachen und Ereignisse, welche in ihr höheres Alter fallen. Die neueren Schriftsteller verwerfen auch jene Ansicht von der Nothwendigkeit eines Alters von 54 Jahren bei den Zeugen als grundlos und willkürlich[1185]). Eine Mittelmeinung[1186]) hält ein Alter von

---

1183) Schriftsteller für diese Ansicht führt an Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 50, N. b.

1184) Dies war die Ansicht des vormaligen kgl. sächs. Appellationsgerichtes zu Dresden. Kori, Verjährung §. 85, N. 421.

1185) Vgl. z. B. Schelling a. a. O. S. 127 flg. Buchka a. a. O. §. 7. Savigny a. a. O. S. 522.

1186) Sie wird vertheidigt von Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 50 und Savigny a. a. O. S. 522. Das Reichskammergericht hat darnach entschieden. Gail, Lib. I. Obs. 92. n. 7.

50 Jahren für jeden Zeugen für vollkommen ausreichend. Es wird dabei (von Pfeiffer) davon ausgegangen, daß die Erfahrung ebenso sehr dafür, die Unfähigkeit eines Menschen zum Auffassen bleibender Eindrücke von Gegenständen des ernsteren Lebens nicht auf das Kindheitsalter zu beschränken, als dafür, sie nicht bis zu erlangter Pubertät auszudehnen, entscheide, und daher als natürliche Grenze jener Unfähigkeit ungefähr das 10. Lebensjahr anzusehen sei. Die Nothwendigkeit eines höheren Alters der Zeugen ist überhaupt nur dann vorhanden, wenn dieselben über den ganzen Zeitraum von 40 Jahren aussagen sollen. Wenn aber verschiedene Theile dieses Zeitraumes durch die Aussagen verschiedener Zeugen bewiesen werden, so genügen für die näher liegenden Theile des Zeitraumes auch jüngere Zeugen[1187]. Was die erforderliche Zahl der Zeugen betrifft, so ist dafür, wie für jede andere Thatsache, die Zahl von zwei Zeugen hinreichend. Viele[1188]) haben die Worte des Labeo: sed cum omnium haec sit opinio[1189]) dahin verstanden, als sei von einem allgemeinen Gerücht, von einer öffentlichen Meinung, von einer gemeinen Sage die Rede, weshalb entweder viele Zeugen abgehört oder die vorhandenen zwei Zeugen über das Dasein jenes Gerüchtes befragt werden müßten. Die Vertheidiger dieser Meinung nehmen den Ausdruck omnium opinio für gleichbedeutend mit communis fama. Allein die ganze Stelle, in welcher jene Worte vorkommen, beschränkt sich so durchaus auf das Individuelle der über den unvordenklichen Besitzstand abzuhörenden Personen, welche nämlich über dasjenige aussagen sollen, was sie selbst gesehen oder gehört oder was sie von Anderen, welche selbst sahen oder hörten, vernommen haben, daß auch das „omnium“ nur in dieser individuellen Beziehung, also von allen denjenigen, welche über den Besitzstand abgehört werden sollen, verstanden werden kann. Diese Auslegung wird ganz besonders noch durch die Verbindung unterstützt, in welche jene Worte mit den zunächst vorhergehenden und darauf folgenden gesetzt sind: cum nemo sit eorum[1190]), qui meminerit, sed cum omnium haec est opinio, nec audisse nec vidisse. Daß hier von bestimmten Personen, nämlich denjenigen, welche sich etwa des gegentheiligen Zustandes selbst erinnern möchten, weil sie ihn gesehen oder davon gehört hätten, die Rede ist, giebt einen ganz anderen Sinn, als wenn die Gesetzstelle in mehr

---

1187) Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 52 flg. Bd. 7, S. 209 flg. Savigny a. a. O. S. 522.

1188) Vgl. die Citate bei Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 46, N. 12, welcher sich gegen diese Ansicht erklärt, sowie auch Savigny a. a. O. S. 522.

1189) L. 28. D. 22. 3.

1190) Huschke, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. IV, S. 302, hält das „eorum“ für ganz müßig und beziehungslos, und glaubt, es sei aus „corum“ verderbt. Indessen hat diese Conjectur gar keine handschriftliche Auctorität für sich, und der den Digesten gleichzeitige Jurist Dorotheus hat in dem index der L. 28. D. 22. 3. (Sch. Λέγει ὁ Λαβεών Basil. T. II. p. 480. ed. Heimbach) auch ὅτε μηδεὶς ἐστι τῶν θέᾳ παραλαβόντων τὸ ἔργον γινόμενον.

objectiver Beziehung sagte: omnium opinio, memoriam facti operis non exstare, oder opus non esse factum, indem dieses Gegenstände eines allgemeinen Gerüchtes sein könnten, wofür aber eigene Erinnerung, eigenes Wahrnehmen durch äußere Ansicht oder Erzählung nicht zu halten sind. Ueberdies bedeutet das Wort opinio gar nicht einmal ein Gerücht, eine Sage, und die Uebertragung des Ausdruckes „omnium opinio" in „communis fama" ist sogar grammatisch unrichtig; der wahren Bedeutung von opinio, welches nicht blos, wie das teutsche Wort „Meinung", das Urtheil über einen zweifelhaften Gegenstand, sondern auch die innere Uebezeugung von der Wahrheit einer Thatsache, persuasio, quam de aliqua re habemus, id, quod de ea re sentimus [1191]), bezeichnet, ist es hingegen vollkommen entsprechend, wenn man hier ein bei so alten Gegenständen der Erinnerung fast in bloßes Dafürhalten sich verschmelzendes Anführen der Ueberzeugung der abzuhörenden Zeugen von dem Nichtdasein eines gegentheiligen Vorganges innerhalb der Grenzen ihrer Erinnerung versteht [1192]). Auffallend ist es nun zwar hierbei, daß sonach unter „omnes" auch nur zwei Zeugen verstanden sein können; dies erklärt sich völlig dadurch, daß das Gesetz eigentlich nur vom Gegenbeweise spricht und dabei voraussetzt, der Gegenbeweisführer, welcher die Aufgabe hat, gegen den unzweifelhaft vorhandenen alten Zustand irgend eines Menschen gegentheilige Erinnerung aufzubringen, werde recht viele und wohl sämmtliche bejahrte Ortseinwohner, welche von einem Anfange jenes Zustandes durch eigene Erfahrung oder durch Mittheilung von ihren Vorfahren unterrichtet sein könnten, hierüber abhören lassen, unter welcher Voraussetzung der Gebrauch des Ausdruckes omnium vollkommen passend erscheint [1193]). Es ist zwar bisweilen behauptet worden, daß zwei Zeugen zum Beweise der unvordenklichen Verjährung nicht genügten, sondern eine größere Anzahl erforderlich sei; allein da es ein allgemeiner Grundsatz ist, daß durch die übereinstimmende Aussage zweier unverdächtiger Zeugen die juristische Gewißheit einer Thatsache hergestellt wird, so muß dieser Grundsatz auch auf die Thatsache des unvordenklichen Besitzes Anwendung leiden, wenn nur die Aussage der beiden Zeugen auf solche Umstände gerichtet ist, aus welchen diese Thatsache vollständig hervorgeht; diese beiden Zeugen gelten dann als die Repräsentanten aller der Personen, welche von der Sache Wissenschaft haben könnten, so lange wenigstens, als nicht der Gegenbeweisführer andere Personen benennt und als Zeugen abhören läßt, welche den Aussagen der Beweiszeugen widersprechen und dadurch jene Voraussetzung aufheben [1194]). Es können unter Umständen auch mehr als zwei Zeugen zum Beweise der unvordenklichen Verjährung noth-

---

1191) Stephanus, Thes. ling. latin. T. III. p. 312.
1192) Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 47.
1193) Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 39, 48.
1194) Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 54.

wendig werden; dies ist dann der Fall, wenn die Zeugen mit ihren Aussagen nicht den ganzen Zeitraum von Menschengedenken umfassen, sondern nur einzelne Theile dieses Zeitraumes bekunden[1195]). — Die Zeugen müssen aber nicht blos das Bestehen des gegenwärtigen Zustandes während der Zeit von 40 Jahren bekunden, sondern sie müssen auch noch die negative Aussage thun, daß sie von ihren Vorfahren eine entgegengesetzte Wahrnehmung derselben nicht vernommen haben. Manche behandeln dieses mit Unrecht als Gegenstand der Fragstücke oder des Gegenbeweises[1196]). Vielmehr sind, wenn der Beweisführer Zeugen benennt, diese auch bestimmt über diesen negativen Punkt zu befragen, damit der Beweis vollständig sei[1197]). Unter den Vorfahren, deren Wissenschaft die Zeugen mit Erwähnung thun müssen, sind aber nicht blos die mit den Zeugen durch ein verwandtschaftliches Verhältniß verbundenen älteren Personen, sondern überhaupt solche, welche einer früheren Generation angehören, zu verstehen. Eine sehr bestrittene Frage ist die, ob es hinreiche, daß die Zeugen nur versichern, von den Vorfahren das Gegentheil des zu erweisenden Zustandes nicht gehört zu haben oder ob es erforderlich sei, daß sie aussagen, von jenen wirklich gehört zu haben, daß denselben von einem gegentheiligen Zustande nichts bekannt geworden sei, oder gar, daß die Vorfahren ihnen die damalige positive Existenz des zu erweisenden Zustandes versichert hätten. Letzteres wird von vielen, namentlich älteren Juristen behauptet[1198]), welchen sich neuerdings Schelling angeschlossen hat[1199]). Der dafür geltend gemachte Hauptgrund aber, daß durch eine blos negative Aussage in Beziehung auf die Vorfahren der Richter die volle Ueberzeugung nicht erlange, daß das Gegentheil des von dem Verjährenden zu beweisenden Zustandes nun wirklich auch nicht sei, und daraus, daß die Zeugen das Gegentheil von ihren Vorfahren nicht gehört haben, doch nicht geradezu folge, daß sie das Affirmative von ihren Vorfahren gehört haben, erledigt sich dadurch, daß der Begriff der unvordenklichen Verjährung selbst negativ ist: tanti temporis, cuius memoria non existit, und ganz entscheidend sind die klaren Worte der L. 28. D. 22. 3. in ihrer negativen Fassung: nec audisse, nec vidisse, nec ex eis audisse, qui vidissent aut audissent. Nur die Meinung kann für die richtige gehalten werden, daß die Zeugen aussagen, von ihren Vorfahren das Gegentheil nicht gehört zu haben[1200]). Eine Ergänzung des Zeugenbeweises kann darin enthalten sein, daß in

---

1195) Friedländer a. a. O. Bd. 2, S. 77. Pfeiffer a. a. O. Bd. 7, S. 209—211.

1196) Pufendorf, Obs. iur. univ. T. II. Obs. 54. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 150.

1197) Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 42 flg. Savigny a. a. O. S. 523.

1198) Siehe die Citate bei Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 43, N. p.

1199) Schelling a. a. O. S. 131 flg.

1200) Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 43 flg. Bd. 7, S. 201 flg. Savigny a. a. O. S. 523.

einem früheren Besitzstreite der Besitz anerkannt und geschützt worden sei. Nicht nur ist dieses Urtheil selbst entscheidend für den Besitz der damaligen und meistens auch der nachfolgenden Zeit, sondern die demselben zu Grunde liegenden Zeugenaussagen können, je nach ihrem Inhalte, für den vorhergehenden Zeitraum noch jetzt benutzt werden[1201]). 2) Was den Beweis durch Urkunden betrifft, so ist dessen Zulässigkeit bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung sehr bestritten[1202]). Für die verneinende Beantwortung dieser Frage läßt sich anführen, daß der in den römischen Gesetzen ausdrücklich erforderte negative Bestandtheil des Beweises der Unvordenklichkeit: nec audisse, nec vidisse, neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent, bei der rein subjectiven Beziehung des audisse und vidisse, nicht wohl anders als durch Zeugenaussagen geführt werden könne; und auch die Reichsgesetze gehen stets von dem blos persönlichen Gesichtspunkte des Mangels menschlicher Erinnerung aus. Daher lassen Manche auch den Urkundenbeweis nicht zu. Andere lassen den Urkundenbeweis nur in Verbindung mit dem Zeugenbeweise und zu dessen Bestärkung zu. Dagegen fehlt es auch wieder nicht an Schriftstellern, welche sich für die unbedingte Zulassung des Urkundenbeweises erklären. Andere fügen der Zulassung des Urkundenbeweises den speciellen Vorbehalt zu, daß dieselben nur das erfüllen müssen, was die Zeugenaussagen gewähren sollen, insonderheit also, daß sie einen Besitzstand über Menschengedenken bezeugen oder aus ihnen hervorgeht, daß das streitige Recht von undenklicher Zeit, mithin vor Alters und noch jüngsthin ausgeübt worden sei, der behauptete Zustand im letzten und vorletzten Menschenalter wirklich existirt habe; daß sie demnach so alt sind, daß nach der jetzigen Dauer des menschlichen Lebens Niemand vorhanden sein kann, der bis dahin denken oder welchem eine Wissenschaft von jener Zeit beiwohnen könnte. Unter den neuesten Schriftstellern über unvordenkliche Zeit sagt Schelling[1203]), der Beweis der Unvordenklichkeit könne in Fällen, wo der positive Theil des Beweises ganz in die Vergangenheit fällt, sogar häufig nur durch Urkunden geführt werden; jederzeit aber müsse aus ihnen hervorgehen, daß der behauptete Besitz nicht allein in dem letzten, sondern auch in dem vorletzten Menschenalter stattgefunden und ununterbrochen fortgedauert habe; wenigstens bedürfe Letzteres hier einer bestimmteren Erwähnung, als bei dem Beweise durch Zeugen nöthig ist. In diesem Falle ständen Urkunden, ihre übrigen Erfordernisse vorausgesetzt, dem Zeugenbeweise gleich. Hinsichtlich des negativen Theiles über das vorletzte Menschenalter könnten, nach Analogie des Zeugenbeweises, auch die Urkunden auf Hörensagen sich gründen; dagegen müßten sie hinsichtlich des letzten Menschen-

---

1201) Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 53 flg. Savigny a. a. O. S. 523.
1202) Vgl. über diese Streitfrage besonders Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 55 flg. Bd. 7, S. 219 flg.
1203) Schelling a. a. O. S. 135.

alters vom Aussteller ebenfalls eigener Wahrnehmung gemäß ausgestellt sein. Ein vollständiger Urkundenbeweis werde allerdings seltener vorkommen; desto häufiger aber werde eine Unterstützung des Zeugenbeweises durch Urkunden nöthig werden. Buchka[1204]) hebt besonders den praktischen Gesichtspunkt hervor und bemerkt: unzweifelhaft könne der Beweis des unvordenklichen Besitzes auch durch Urkunden geführt werden; da sich aber wohl nur in den seltensten Fällen Urkunden finden würden, in welchen eine Aussage über den Mangel einer entgegengesetzten Erinnerung enthalten sei, so werde der Beweisführer, welcher dieselben als alleiniges Beweismittel benutzen will, den Beweis des negativen Bestandtheiles der Unvordenklichkeit in der Regel nicht anders erbringen können, als dadurch, daß er das positive Bestehen des Besitzes auch für die Zeit des vorletzten Menschenalters beweise. Bemerkenswerth sind, insbesondre für die Anwendung, die Aeußerung von Savigny[1205]), welcher sagt: „Zur Ergänzung des Zeugenbeweises, wenn dieser für einzelne Theile des Zeitraumes unvollständig geblieben ist, können Urkunden sehr häufig gebraucht werden, indem sie sehr geeignet sind, den Besitz in einzelnen Zeitpunkten darzuthun. Seltener werden sie allein, als selbstständiges Beweismittel, tauglich sein; dennoch können sie auch in dieser Gestalt vorkommen, wenn z. B. aus sorgfältig geführten Heberegistern die Entrichtung einer gewissen Abgabe in bestimmtem Umfange für die Zeit von zwei Menschenaltern nachgewiesen wird. Der Consequenz wegen dürfte man dafür eine Zeit von 80 Jahren annehmen; für die entfernter liegenden Theile dieses Zeitraumes würde nicht einmal der strenge Beweis ununterbrochener Leistung zu fordern sein, da selbst lückenhafte Urkunden dieser Art mehr Ueberzeugung gewähren, als die blos negative Zeugenaussage über die entferntere Zeit." Wir tragen kein Bedenken, den Ansichten von Savigny vollständig beizupflichten und uns für die Zulässigkeit der Urkunden bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung, ja selbst als alleiniges Beweismittel zu erklären. Es können Fälle vorkommen, wo der Beweis auch ganz allein durch Urkunden geführt werden kann, ja wo diese das tauglichste und beste Beweismittel sind. Man denke an den Fall, wenn die Lehengelderpflichtigkeit der Grundstücksbesitzer eines gewissen Bezirkes für einen gewissen Fall auf unvordenkliche Verjährung gestützt und hieraus für einen concreten Fall die gleiche Pflicht eines einzelnen Grundstücksbesitzers abgeleitet wird. Hier sind die Gerichtsacten, welche die Concepte der ausgefertigten Lehenbriefe, in welchen auch die Bemerkung der Bezahlung des Lehengeldes enthalten ist, sowie die Bemerkung über die Zustellung des ausgefertigten Lehenbriefes enthalten, ohne Zweifel das beste Beweismittel, indem hier Zeugenaussagen zwar möglich sind, der Beweis aber hier viel besser, zweckmäßiger und weniger kostspielig durch diese Urkunden hergestellt

---

1204) Buchka a. a. O. S. 30.
1205) Savigny a. a. O. S. 524.

werden kann. Es kann auch nicht zweifelhaft sein, daß Urkunden hier allein, selbst für den negativen Theil des Beweises vollkommen ausreichen, sobald nur durch sie die Bezahlung des Lehengeldes in allen vorgekommenen gleichartigen Fällen auf einen so langen Zeitraum nachgewiesen wird, daß es nicht denkbar ist, daß von den jetzt Lebenden irgend einer von seinen Vorfahren das Gegentheil vernommen haben könnte. Der Beweis des Bestehens eines Zustandes auf einen die Zeit von zwei Menschenaltern umfassenden, vielleicht gar übersteigenden Zeitraum muß hier nothwendig den negativen Theil des Beweises vollständig ersetzen können. Ob aber nun gerade mit Savigny ein Zeitraum von 80 Jahren hier für ausreichend zu achten sei, dürfte nach dem früher Bemerkten doch billig bezweifelt werden. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Controverse über die Zulässigkeit des Urkundenbeweises bei der unvordenklichen Verjährung sich eigentlich nur auf den Fall bezieht, wenn die unvordenkliche Verjährung zwischen Privatpersonen unter einander oder zwischen Privatpersonen und dem Staate als Parteien zur Sprache kommt und Gegenstand des Beweises wird. Denn wenn souveräne teutsche Staaten mit einander wegen der Landeshoheit über einen Bezirk oder wegen einzelner in einem solchen auszuübender Hoheitsrechte streiten und die Sache entweder auf Grund der in der Bundesacte Art. XI. vorgesehenen Austrägalinstanz oder infolge eines auf ein Schiedsgericht gerichteten Compromisses zur gerichtlichen Erörterung und Entscheidung kommt, so liegt es in der Natur der Sache, daß, wenn sich hier auf unvordenkliche Verjährung berufen wird, der Beweis derselben fast stets und allein, sowohl für die ältere als für die neuere Zeit, durch Urkunden geführt werden wird und geführt werden kann. Denn die Acten der öffentlichen Behörden, welche die Ausübung der Landeshoheit oder einzelner Hoheitsrechte ergeben, sind hier für die ältere Zeit die alleinigen, für die neuere wenigstens die passendsten Beweismittel. In der That bietet der zwischen S. Weimar-Eisenach und S. Meiningen wegen der Landeshoheit über die Herrschaft Unterrhon vor dem Oberappellationsgerichte zu Jena als Schiedsgericht verhandelte und entschiedene Rechtsstreit ein Beispiel eines fast lediglich durch Urkunden geführten Beweises der unvordenklichen Verjährung[1206]). 3) Fast noch bestrittener als die Zulässigkeit des Urkundenbeweises ist die des Eidesantrages bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung[1207]). Diejenigen, welche den Eidesantrag zulassen, haben die allgemeine Regel für sich, daß der Eidesantrag über alle diejenigen Gegenstände, welche der Verfügung der Parteien unterworfen sind, ein zulässiges Beweismittel abgebe, und daß die Partei, welcher der Eid angetragen wird,

---

1206) Vgl. Ortloff, in den jurist. Abhandl. und Rechtsfällen Bd. 2, S. 174.

1207) Siehe über diese Streitfrage besonders Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 59 flg. Bd. 7, S. 221 flg.

sich darüber nicht beklagen könne, daß sie vom Gegner zum Richter in ihrer eigenen Sache gemacht werde. Es wird noch dafür angeführt, daß auch die Bestimmungen des römischen Rechtes[1208]) einen solchen ganz uneingeschränkten Gebrauch des Eidesantrages im allgemeinen rechtfertigten[1209]). Dagegen berufen sich die Vertheidiger der gegentheiligen Ansicht auf die Natur der Sache selbst und halten mit derselben jenes Beweismittel so ganz unverträglich, daß Einzelne sogar den Eidesantrag für völlig ungereimt erklären[1210]). Namentlich ist es der Umstand, ob memoria vorhanden sei oder nicht, wo behauptet wird, daß solcher durch Eidesantrag nicht auszumitteln sei, worauf sich auch der von Manchen[1211]) angeführte Grund bezieht, daß das Unvordenkliche nicht von individueller Ueberzeugung abhängen könne. Auch geben selbst einzelne Vertheidiger der Zulässigkeit des Eidesantrages zu[1212]), es könne der Beweis darüber, daß es immer so gehalten worden sei und Niemand existire, welcher das Gegentheil oder den Anfang des jetzigen Zustandes selbst wahrgenommen oder von Anderen gehört habe, seiner Natur nach fast nur durch alte Zeugen geführt werden und die Wahrheit dieses ganzen Factums nicht in der Wissenschaft oder Ueberzeugung des Gegners begriffen sein. Pfeiffer[1213]) hält diesen Grund für überwiegend gegen den die behauptete Zulässigkeit des Eidesantrages unterstützenden, blos auf die Voraussetzung eines in dem Eidesantrage und der Annahme oder Relation des Eides enthaltenen Vergleiches sich beziehenden, worauf allein die unbedingte Zulassung des Eides in jeder Art civilrechtlicher Streitigkeiten und über jeden Gegenstand eines Beweissatzes beruhe, indem man nicht nur in der neueren Zeit überhaupt den Regeln des processualischen Verfahrens einen sehr wesentlichen Einfluß auf die Anwendung der dieses Verfahren betreffenden Grundsätze des römischen Rechtes eingeräumt, sondern auch namentlich den Eidesantrag in allen denjenigen Fällen für unstatthaft erklärt habe, wo der Schwörende seine eidliche Behauptung oder Ableugnung nicht auf das Dasein oder Nichtdasein gewisser Thatsachen unmittelbar zu richten, sondern damit nur einen Folgesatz aus noch unbewiesenen Thatsachen auszusprechen vermöge, wie dies insonderheit in der Anwendung auf solche Gegenstände, welche nur mittelst Beurtheilung von Sachverständigen unter Voraussetzung der hierzu erforderlichen Thatsachen auf eine objectiv glaubwürdige Art dargethan werden können, unzweifelhaft sei. Zur Entkräftung dieses Einwandes machen die Vertheidiger der Zulässigkeit des Eides zum Beweise der unvordenklichen Verjährung wesentlich zur Bedingung, daß der Eidesantrag auf einzelne Thatsachen, wor-

---

1208) L. 34. D. 12. 2. L. 25. §. 3. D. 22. 3.
1209) Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 59.
1210) Dabelow, über Verjährung §. 225, S. 98.
1211) Z. B. von Wiese, Kirchenrecht Th. 2, §. 305.
1212) So Pufendorf, Obs. iur. univ. T. II. Obs. 55.
1213) Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 60.

aus sich dieser Besitz ergebe, gerichtet werde. Dagegen wird von Pfeiffer[1214]) bemerkt, es sei, genau genommen, dieser Bedingung gar nicht wohl zu genügen, indem man von demjenigen, welcher den Eid schwören soll, doch nicht geradezu den Mangel der Erinnerung alter, von dem streitigen Zustande unterrichteter Personen, rücksichtlich eigener Wahrnehmung oder Mittheilung durch die Vorfahren, beschwören lassen könne, ein hierauf gerichteter Glaubenseid aber, als eine doppelte Negative — eine subjective: eigenes Nichtwissen, und eine objective: fremde Nichterinnerung — enthaltend, sehr mißlich sei, mithin nichts anderes übrig bliebe, als die allgemeine Verneinung des gegentheiligen Besitzes seit Menschengedenken, welche aber eben durch diese letztere Bezeichnung des Besitzes zu einem wahren Urtheile über dessen Beschaffenheit, dem der Sachverständigen ähnlich werden würde. Als Auskunftsmittel für diese mancherlei Schwierigkeiten ist von Einigen vorgeschlagen worden, den Gegner, welchem der Eid über den unvordenklichen Besitz angetragen wird, gewissermaßen selbst als den Repräsentanten der nach der Natur der vorliegenden Beweisart eigentlich abzuhörenden Zeugen darzustellen oder ihn sich in dieser Eigenschaft zu denken und demgemäß den Eidesantrag an denselben nur in dem Falle für zulässig zu halten, wenn er das bei einem Zeugen über den unvordenklichen Besitz erforderliche Alter habe, in welchem Falle sich die Statthaftigkeit der Relation des Eides darnach richten würde, ob der Deferent auch selbst dieses Alter hätte. Hierin liegt aber eine nicht zu billigende Vermischung zweier Beweismittel, welche nichts mit einander gemein haben. Die neuesten Schriftsteller haben sich fast alle für die Zulässigkeit des Eidesantrages zum Beweise des unvordenklichen Besitzes ausgesprochen. Schelling[1215]) geht zuvörderst davon aus, daß der Eid unter seinen übrigen Voraussetzungen jedenfalls über einzelne Theile des Beweises deferirt und referirt werden könne; im übrigen macht er Unterscheidungen, welche sich hauptsächlich auf seine besondere Ansicht von der Art der Beweisführung über das vorletzte Menschenalter beziehen, bemerkt jedoch von dem Falle, daß man die Thatsache der Unvordenklichkeit beschwören ließe, es würde dies zwar der Natur des Haupteides nicht widersprechen, da er eine species transactionis sei, könnte aber den Parteien wider ihren Willen nicht wohl aufgedrungen werden. Die nothwendigen Eide hält er für den Richter bei der Unvordenklichkeit unzweifelhaft für eine große und sichere Stütze der Entscheidung, welche aber auch im concreten Falle mit um so größerer Behutsamkeit angewendet werden müsse. Am ausführlichsten äußert sich Buchka[1216]) über diese Frage dahin: Nach der richtigen Meinung, welche in der neuesten Zeit fast allgemein gebilligt worden sei, sei auch der Haupteid ein zulässiges Beweismittel. Jedoch

---

1214) Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 60 flg.
1215) Schelling a. a. O. S. 136.
1216) Buchka a. a. O. S. 51 flg.

scheine die Ansicht unhaltbar zu sein, welche gewöhnlich über die Formulirung des vom Delaten zu schwörenden Eides aufgestellt werde. Der Delat solle nach derselben nur eidlich betheuern, daß er das ununterbrochene Bestehen des Besitzes während der letzten zwei Generationen weder wisse noch glaube. Allein das Wesen der Eidesdelation bestehe ja darin, daß der Beweisführer seine Ansprüche aufgeben zu wollen erkläre, wenn der Gegner die Unwahrheit seiner Behauptungen eidlich bekräftige. Die Formel sei daher darauf zu stellen, daß der Besitz nicht unvordenklich sei, d. h. daß derselbe nicht ununterbrochen während des letzten Menschenalters bestanden habe oder daß die Erinnerung an einen entgegengesetzten Zustand aus dem vorletzten Menschenalter existire. Einzelne Thatsachen, aus welchen unmittelbar die Nichtexistenz des unvordenklichen Besitzes hervorgehen würde, dürften nicht in die Eidesformel aufgenommen werden, da der Delat nicht verpflichtet sei, Thatsachen zu beschwören, welche zum Thema des directen Gegenbeweises gehören würden, wenn ein solcher geführt würde. Lehne der Delat den Eid aus dem Grunde ab, weil ihm nichts von der Sache bekannt sei, so könne er auf Verlangen des Gegners zur eidlichen Erhärtung seines Nichtwissens angehalten werden. Werde der Eid referirt, so müsse der Relat die Unvordenklichkeit des Besitzes beschwören. Die Formulirung des Eides für den positiven Theil dieser Behauptung habe keine Schwierigkeit; der Relat müsse nämlich schwören, daß der Besitz während des letzten Menschenalters ununterbrochen bestanden habe. Es scheine vielleicht, als ob der andere Bestandtheil der Unvordenklichkeit, der Mangel einer entgegengesetzten Erinnerung, durch den Haupteid gar nicht erwiesen werden könne; denn zur Aufnahme dieser Negative könne man nur durch Schlüsse gelangen; es sei aber unzulässig, den Folgesatz aus unerwiesenen Thatsachen zum Inhalte des Haupteides zu machen. Allein nach den obigen Bemerkungen sei der Beweis dieser Negative schon dann erbracht, wenn das gewählte Beweismittel nur zu dem Resultate führe, welches sich aus dem verfehlten Gegenbeweise ergeben würde; der Relat brauche daher nur eidlich zu bekräftigen, daß ihm kein entgegengesetzter Zustand aus den beiden letzten Menschenaltern bekannt sei. Savigny[1217]) geht davon aus, der Eid als Beweismittel sei sehr streitig. Für unzweifelhaft hält er es, daß der Eid zur bloßen Ergänzung gebraucht werden könne, sowohl bei halbem Beweise, als für einzelne, durch den Zeugenbeweis nicht berührte, Stücke der Zeit. Allein auch selbstständig könne der Eid darüber zugeschoben werden, daß der Gegner die ununterbrochene Fortdauer des gegenwärtigen Zustandes während der letzten zwei Menschenalter weder wisse noch glaube. Der Besitz während dieses Zeitraumes sei eine reine Thatsache, kein Urtheil, also zur Eidesdelation wohl geeignet; allerdings sei aber dieses Beweismittel für den Beweisführer gefährlich, indem ein solcher Eid in den

---

1217) Savigny a. a. O. S. 524 flg.

meisten Fällen auch von einem gewissenhaften Gegner geleistet werden könne. — Unzweifelhaft und allgemein anerkannt ist die Zulässigkeit eines nothwendigen Eides zur Ergänzung des Beweises, sowohl bei halbem Beweise als für einzelne, durch den Zeugenbeweis nicht berührte Stücke der Zeit. Der Streit betrifft blos die Zulässigkeit des Eidesantrages. Das römische Recht spricht sich darüber, ob der Eidesantrag über die Unvordenklichkeit zulässig sei, nicht speciell aus; es spricht in den wenigen Fällen, wo es auf die Unvordenklichkeit Gewicht legt, nur vom Zeugenbeweise. Dies erklärt sich unseres Erachtens nicht blos aus dem beschränkten Umfange, in welchem das römische Recht der unvordenklichen Zeit gedenkt, sondern aus der Natur der Verhältnisse, bei welchen die Unvordenklichkeit in Betracht kam. So unzweifelhaft es ist, daß bei allen privatrechtlichen Streitigkeiten, selbst bei Popularklagen die Eidesdelation vorkommen konnte [1218]), was sogar von Delicten galt, sofern aus ihnen eine Klage auf eine poena privata stattfand, so entschieden stand unserer Ansicht nach die Natur der publicistischen Verhältnisse, bei welchen allein die Unvordenklichkeit in Betracht kam, der Zulässigkeit der Eidesdelation bei den Römern entgegen, da es in solchen, quia ius publicum pactis privatorum mutari nequit, nicht der Willkür der Parteien überlassen werden konnte, den Eid zu deferiren und davon gewissermaßen, weil der Eid eine species transactionis ist, vergleichsweise die Sache abhängig zu machen, vielmehr es auf Ausmittelung des wirklich bestehenden Zustandes und dessen Unvordenklichkeit ankam, um eine Ausnahme und Abweichung vom ius publicum zu rechtfertigen. Dieser Grund der Unzulässigkeit der Eidesdelation kann nun freilich heutzutage nicht mehr dagegen entscheiden, wo seit dem Mittelalter feststeht, daß publicistische Rechte in Privatbesitz übergehen und Gegenstand des Privateigenthums werden können. Die Streitigkeiten über solche in Privatbesitz übergangene publicistische Rechte sind nunmehr gewöhnliche privatrechtliche Streitigkeiten und es kann daher die Zulässigkeit des Eidesantrages in solchen, wo es sich um unvordenkliche Verjährung handelt, an sich mit Grund nicht bezweifelt werden. Eine andere Frage ist, über welche Thatsachen der Eid angetragen werden könne. Eine Eidesdelation darüber, daß der Gegner die ununterbrochene Fortdauer des gegenwärtigen Zustandes während der letzten zwei Menschenalter weder wisse noch glaube, scheint völlig unzulässig, indem hier nicht Eine Thatsache vorliegt, sondern eine Summe von Thatsachen zusammengefaßt ist, über welche zusammen geschworen werden soll. Nun ist aber, um zuvörderst bei dem positiven Bestandtheile des Beweises der unvordenklichen Verjährung stehen zu bleiben, der ununterbrochene gegenwärtige Zustand während des letzten Menschenalters nicht eine einzige Thatsache, sondern eine Combination mehrerer Thatsachen, ein Schluß aus vielen während des letzten Menschenalters vorgekommenen Besitzacten, aus welchen nun

1218) L. 34. pr. D. 12. 2.

das Bestehen des bestimmten Zustandes während des letzten Menschenalters geschlossen wird. Der Beweis ist auf diese einzelnen Besitzacte zu richten und auch nur über die einzelnen Besitzacte kann der Eid angetragen werden. Sowenig wie eine allgemeine Befragung der Zeugen darüber zulässig ist, daß der gegenwärtige Zustand seit ihrer Erinnerung existirt habe, sondern dieselben über die einzelnen Besitzacte befragt werden müssen, welche sie im letzten Menschenalter wahrgenommen haben und welche in ihrer Totalität zusammen die Fortdauer eines bestimmten Zustandes während des letzten Menschenalters ergeben, sowenig kann eine Eidesdelation über einen so allgemein gefaßten Beweissatz für zulässig erachtet werden. Selbstverständlich müssen ebenso wie bei dem Zeugenbeweise, so auch bei dem Eidesantrage die einzelnen Besitzacte mit allen Umständen genau angegeben werden, um den Richter in den Stand zu setzen, darüber zu urtheilen, ob wirklich ein Act vorliege, der als Besitzact, als Ausübung eines Rechtes angesehen werden könne. Darauf, daß entgegengesetzte Acte während des letzten Menschenalters nicht vorgekommen seien, ist weder der Beweis speciell zu richten, noch der Eid darüber zu deferiren; denn sind eine Reihe Besitzacte aus dem letzten Menschenalter nachgewiesen, so ist auch die Continuität des Besitzes zu vermuthen und eine Unterbrechung nachzuweisen, ist Sache des Gegenbeweises. Was den negativen Bestandtheil des Beweises der unvordenklichen Verjährung betrifft, den Mangel der Erinnerung an einen entgegengesetzten Zustand aus dem vorletzten Menschenalter, so scheint die Eidesdelation hier wegen der Allgemeinheit dessen, worüber geschworen werden soll, unzulässig. Sie würde unseres Erachtens nur in der Art zulässig sein, daß sie auf die Versicherung alter, namhaft zu machender Personen, daß sie von ihren Vorfahren von einem entgegengesetzten Zustande nichts vernommen hätten, zu richten wäre. — Auch bei der Ersitzung kommt es vor, daß ein Besitz durch mehrere Successionen hindurch gegangen war, und dann ist die Reihe dieser Successionen für denjenigen, welcher die Ersitzung geltend macht, ein besonderer Gegenstand des Beweises, wenn nicht der Gegner dieselben freiwillig zugesteht. Bei der unvordenklichen Verjährung tritt die Nothwendigkeit dieses Beweises nicht blos häufiger ein, als bei der Ersitzung, sondern sie ist hier, wenn man juristische Personen ausnimmt, immer vorhanden, da es nicht wohl denkbar ist, daß der jetzige Besitzer so lange besessen haben sollte, als hier erforderlich ist. In dieser Beziehung läßt sich sagen, daß auch der Beweis eines Rechtstitels bei der unvordenklichen Verjährung vorkommen kann, während es der Natur derselben widersprechen würde, wollte man für den Ursprung des Besitzes die Angabe und den Beweis eines Titels verlangen. — Was den Gegenbeweis[1219]), und zwar 1) im allgemeinen anlangt, so sind für die Bestimmung der Art

---

1219) Vgl. vorzüglich Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, §. 16—18, S. 67—80. Bd. 7, S. 226—232. Savigny a. a. O. S. 525 flg.

und Weise des zu Vereitelung der unvordenklichen Verjährung zu führenden Gegenbeweises die bereits angeführten römischen Gesetzstellen (L. 28. D. 22. 3. L. 2. §. 8. D. 39. 3.) wichtig. Die Resultate ihres Inhaltes in unmittelbarer Anwendung auf den eigentlichen Gegenbeweis sind: a) eines Menschen Erinnerung von dem Entstehen des jetzigen Zustandes ist es, wodurch der Gegenbeweis geführt werden muß — num aliquis meminerit; b) diese Erinnerung muß so beschaffen sein, daß deren Gegenstand als völlig unzweifelhaft und bewiesen erscheine, ut factum esse non ambigatur — ut hoc probari possit; c) es genügt jedoch eine solche Erinnerung, welche nur die Thatsache der Entstehung außer Zweifel setzt, ob sie gleich durch die Angabe der Zeit nicht unterstützt wird — num aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit — non diem et consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum. d) Auch sind, um eine solche zum Gegenbeweise dienende Erinnerung, unter Voraussetzung der übrigen Erfordernisse, als vorhanden anzunehmen, Zeugnisse vom Hörensagen ebenfalls geeignet — nec audisse, cum id opus fieret, neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent. Dies vorausgeschickt und damit in der Anwendung diejenige erweiterte Ansicht verbunden, welche das Institut der unvordenklichen Verjährung durch das kanonische Recht und die Reichsgesetze erhalten hat, ist die Beurtheilung der einzelnen hier einschlagenden Streitpunkte leichter. Zuerst gehört hierher die Frage, welche Thatsache zu beweisen sei, um das Dasein eines unvordenklichen Besitzes aufzuheben? genügt dazu die Existenz eines anderen, als des jetzt vorhandenen Zustandes, oder bedarf es des Beweises der Entstehung dieses letzteren? und reicht es hin, wenn das Gegentheil oder die Entstehung von irgend einer Zeit erwiesen wird, oder in welcher bestimmten Zeit muß eine dieser Thatsachen stattgefunden haben? Die römischen Gesetzstellen reden in Bezug auf den einfachen Gegenstand, welchen sie ausschließlich vor Augen haben, allerdings nur von der Erinnerung eines Anfanges, weil dies, bei fortwährend in die Augen fallenden Werken, das jüngste und bekannteste contrarium ist; aber schon das kanonische Recht faßt dies allgemeiner als memoria contrarii auf und die reichsgesetzlichen Beispiele enthalten lediglich solche Fälle, welche einen dem gegenwärtigen entgegengesetzten Zustand, nicht aber einen Anfang des gegenwärtigen Zustandes beweisen. Die große Erheblichkeit, welche dieser Verschiedenheit von mehreren älteren Juristen beigelegt wird, verschwindet, wenn man den zweiten Theil der obigen Frage aus dem richtigen Gesichtspunkte beurtheilt. Hiernach ist nur eine solche Thatsache, deren Existenz innerhalb der Grenzen menschlicher Erinnerung liegt, zum Gegenbeweise tauglich; unter dieser Voraussetzung aber folgt aus der Nachweisung einer solchen, welche einen gegentheiligen Zustand innerhalb jenes Zeitabschnittes bezeugt, nothwendig das Vorhandensein eines Anfanges oder Wiederanfanges des jetzigen Zustandes während des nämlichen Zeitabschnittes, und der Gegenbeweisführer kann sich daher stets auf den leich-

teren Beweis des Gegentheiles beschränken, wenn es ihm gleich frei steht, den in der Regel schwierigeren Beweis eines bestimmten Anfanges zu übernehmen. Kurz und treffend wird von Thibaut[1220]) die zwar völlig consequente, doch aber ungereimte Folgerung, daß unter der Voraussetzung der Nothwendigkeit eines Anfanges, ohne alle weitere Beschränkung, contraria, welche vor 13, 14, 15 Jahren stattgefunden hätten, den unvordenklichen Besitz nicht aufheben, wohl aber der Beweis eines vor 400 Jahren stattgehabten Anfanges diese Wirkung selbst gegen einen mehrere Jahrhunderte fortgesetzten Besitz haben würde — damit entkräftet, daß hier lediglich das: innerhalb Menschen Gedenken, entscheide. Was also über Menschen Gedenken hinausreicht, vernichtet den Beweis und die Wirkungen der unvordenklichen Verjährung nicht. Eine bei den Praktikern nicht ungewöhnliche und in der That recht anschauliche Vorstellungsweise hiervon ist die, daß man die memoria absoluta und respectiva, welche letztere allein erforderlich ist, unterscheidet, und dies zwar in doppelter Beziehung, einmal hinsichtlich der Zeugen, wo die memoria respectiva zugleich sensitiva genannt wird, d. h. eine solche Erinnerung, welche sich auf Wahrnehmung durch die Sinne gründet, also nothwendig in einen Zeitraum fallen muß, wo sinnliche Wahrnehmung der jetzt lebenden Menschen stattfinden konnte; sodann hinsichtlich des unmittelbaren Zusammenhanges mit dem gegenwärtigen Zustande, was sich hauptsächlich auf die memoria initii bezieht, so daß also in Beziehung hierauf memoria respectiva diejenige Erinnerung ist, welche eine dem jetzigen Besitze zum Anfange dienende Thatsache betrifft. Hiernach beantwortet sich denn auch die Frage, ob der Erweis eines zur Erlangung juristischen Besitzes nicht geeigneten Titels oder eines fehlerhaften Anfanges, wenn solcher in eine Menschengedenken überschreitende Zeit fällt und nicht zugleich bewiesen wird, daß darin die Entstehung des gegenwärtigen Besitzes unmittelbar begründet sei, der unvordenklichen Verjährung entgegenstehe? Diese Frage ist zu verneinen. Denn es wird ja dadurch die aus dem unvordenklichen Besitze gesetzlich zu folgernde Voraussetzung eines rechtlichen Erwerbes desselben nicht gestört, indem es gar wohl möglich ist, daß der fehlerhafte Titel schon, ehe der durch menschliche Erinnerung beschränkte Zeitabschnitt begann, in einen tauglichen umgeändert, z. B. ein anfänglich verpachtetes Gut dem Pachter verkauft oder wenigstens von einem der Nachfolger desselben Eigenthumsbesitz daran ausgeübt wurde und solchergestalt der fehlerhafte Besitz zum fehlerfreien werden kann. Zwar sind in Ansehung der auf einen Andern wiederkäuflich übertragenen und von diesem seit unvordenklicher Zeit besessenen Sachen bei dem Reichskammergerichte andere Grundsätze befolgt und das Wiederkaufsrecht noch nach mehreren hundert Jahren zugelassen worden[1221]); allein dafür kann allenfalls der be-

1220) Thibaut, über Besitz und Verjährung §. 82.

1221) Ludolf, Symphor. consult. forens. T. III. p. 978. Obs. 16.

sondere Grund angeführt werden, daß derjenige, welcher eine Sache wiederkäuflich erworben hat, schon vermöge des Contractes den vollen Eigenthumsbesitz erlangt, mithin dabei eine mit dem fortdauernden Anspruche des Verkäufers unverträgliche Rechtsausübung, welche den Käufer in den juristischen Besitz der Ausschließung zu setzen vermöchte, gar nicht erkennbar ist. Nicht wohl erklärlich ist aber, wie Moser[1222]) dieses auch auf Verpfändungen in Beziehung auf das Wiedereinlösungsrecht für unbedingt anwendbar halten und sich diesfalls auf das Osnabrücker Friedensinstrument[1223]) berufen kann: da diese Stelle ausdrücklich sagt: quae bona status imperii sibi invicem pignoris iure ante hominum memoriam obligaverunt, in iis reluctioni aliter locus non detur, nisi possessorum exceptiones et merita causarum sufficienter examinentur. Die Ausführungen der neueren Schriftsteller stimmen im wesentlichen mit dem hier Bemerkten, wozu besonders Pfeiffer's Ausführung benutzt ist, überein[1224]), namentlich darin, daß sie nur den Beweis eines bestimmten Anfanges des Besitzes innerhalb der letzten zwei Menschenalter verlangen. — Der Gegenbeweis kann ferner gerichtet werden auf den Beweis einer bestimmten Unterbrechung des Besitzes, welche während der letzten zwei Menschenalter stattgefunden hat. Die einige Zeit unterbliebene Ausübung des behaupteten Rechtes ist keine eigentliche Unterbrechung, sondern ein Mangel des Zusammenhanges des Besitzes. Ist während des für die positive Dauer des behaupteten Zustandes erforderlichen Zeitraumes zum Theil die Rechtsausübung geschehen, zum Theil unterblieben, so schadet dieser Mangel des Zusammenhanges des Besitzes dem Verjährenden nicht, wenn nur die Zeit, während welcher die Ausübung geschah, nach Abzug jener Zwischenräume noch von hinreichender Dauer ist. Nahe verwandt mit diesem Falle und im praktischen Interesse gewöhnlich mit demselben gleichbedeutend ist der Fall, wo der ältere Besitz nur bis zu einem gewissen Zeitpunkte vor Anstellung der Klage stattgefunden hatte; beweist nämlich hier der Verjährende, daß sein Besitz bereits damals, als dessen Ausübung aufhörte, ein unvordenklicher gewesen sei, so schadet ihm dieses Aufhören in der letzten Zeit nicht. Kann dieser Beweis geführt werden, so hindert selbst ein gegen den Verjährenden ergangenes possessorisches Erkenntniß, infolge dessen er die Ausübung des Besitzes hatte unterlassen müssen, die Annahme des Daseins der unvordenklichen Verjährung nicht. Als eigentliche Unterbrechung des Besitzes ist nur ein solcher Vorgang zu betrachten, wodurch der Besitz wirklich verloren wird, also irgend ein Ereigniß, welches mit der fortdauernden Rechtsausübung in geradem Widerspruche steht und dieselbe völlig aufhebt. Keine wahre Unterbrechung des unvordenklichen Besitzes wird bewirkt: a) durch bloße

---

1222) Moser, neues Staatsrecht Th. XIII, S. 87.

1223) Instrum. pacis Osnabrug. Art. V. §. 27.

1224) Vgl. Schelling a. a. O. S. 55, 137 flg., 145. Buchka a. a. O. S. 52. Savigny a. a. O. S. 525 flg. Friedländer a. a. O. Abth. 2, S. 77.

mündliche oder schriftliche Protestationen, auch nicht durch richterliche Verfügungen, namentlich Ladungen. Wenn auch hinsichtlich letzterer manche ältere Juristen das Gegentheil annehmen, so beziehen sich doch die desfallsigen Bestimmungen des römischen Rechtes nur auf die bestimmte Verjährung, sprechen aber bei der unvordenklichen Verjährung nur von einem factisch unterbrochenen Besitze. b) Auch Störungen des Besitzes von Seiten des Gegners bewirken keine Unterbrechung des unvordenklichen Besitzes, wenn der Verjährende sich dadurch nicht von der Rechtsausübung abhalten läßt. c) Eine Unterbrechung des unvordenklichen Besitzes ist es endlich auch nicht, wenn der Gegner des Verjährenden neben den Besitzhandlungen dieser letzteren ebenfalls dergleichen ausübte, indem daraus, sofern ihnen nicht eine ausschließende Eigenschaft zukommt, nur ein Mitbesitz für jenen gefolgert werden kann. — Als Gegenstand des Gegenbeweises kann aber nicht die mala fides angesehen werden. Unter den älteren Juristen herrschte darüber, ob bona fides ein Erforderniß der unvordenklichen Verjährung sei, die größte Meinungsverschiedenheit; die Mehrzahl sprach sich dafür aus, während die neueren Schriftsteller sich dagegen erklären[1225]). Der bejahenden Meinung steht der allgemeine im kanonischen Rechte aufgestellte Grundsatz zur Seite, daß keine Art der Präscription ohne bona fides stattfinden solle. Allein die Anwendung dieses allgemeinen Principes auf die unvordenkliche Verjährung ist mit der eigenthümlichen Natur des Institutes unverträglich und daher die verneinende Ansicht die allein richtige. In der That kann eine mala fides bei der unvordenklichen Verjährung gar nicht vorkommen. Denn mala fides ist das Bewußtsein eines wirklich vorhandenen Unrechtes. Kann nun die Unrechtmäßigkeit des Besitzes erwiesen werden, so muß dessen Entstehung bekannt sein, und er kann dann kein unvordenklicher sein. Außerdem aber kann wohl aus Aeußerungen des Besitzers, welcher sich über die Natur seines Besitzes täuscht, sich ergeben, daß er ihn für einen unrechtmäßigen hält; eine solche Meinung begründet aber die mala fides nicht. 2) Die **Beweismittel** bei dem Gegenbeweise können Zeugen, Urkunden und Eidesantrag sein. Wenn auch gleich hier Zeugen das vorzugsweise vor allen anderen zu gebrauchende Beweismittel abgeben, so findet jedoch auch die Zulassung von Urkunden und Eidesantrag hier weit weniger Bedenken, als bei dem Hauptbeweise; denn da es hier lediglich auf den Beweis einer bestimmten Thatsache ankommt, so müssen dazu alle Beweismittel, wodurch eine solche in Gewißheit gesetzt werden kann, zulässig sein. a) Die **Zeugen** anlangend, so ist zuvörderst über die erforderliche **Zahl** der Gegenbeweiszeugen Streit. Darüber, daß nicht durch den Ausdruck „omnium" in L. 28. D. 22. 3. eine größere Zahl als zwei Zeugen nothwendig werde, ist schon früher das Nöthige bemerkt worden.

1225) Vgl. von den neueren Schriftstellern besonders **Pfeiffer** a. a. O. S. 28 flg., Bd. 7, S. 197. **Savigny** a. a. O. S. 527.

Ob aber nicht wegen der in eben jener Stelle vorkommenden Worte: si aliquis meminerit, und in der L. 2. §. 8. D. 39. 3.: si quis sciat, schon ein Zeuge, welcher seine und seiner Vorfahren Erinnerung von der Entstehung des jetzigen Zustandes bekundet, zum Gegenbeweise genüge, ist bestritten. Wir müssen die Ansicht, daß schon ein Zeuge hinreiche, für die richtige halten. Es wird zwar dem dafür angeführten Grunde, daß unzweifelhaft die Erinnerung eines einzigen Menschen von der Entstehung oder dem Gegentheile des gegenwärtigen Zustandes hinreiche, um den hierauf gegründeten unvordenklichen Besitz zu vereiteln, entgegengesetzt[1226]), daß dies allerdings richtig sei; allein das Dasein dieser Erinnerung müsse juristisch gewiß sein, wenn der Besitzer dieselbe gegen sich gelten lassen, der Richter darauf erkennen soll; juristische Gewißheit werde aber durch die Aussage eines einzigen Zeugen über das Dasein einer solchen Erinnerung nicht hervorgebracht; es müsse also dieselbe noch auf andere Weise und, wenn dem Gegenbeweisführer kein sonstiges Beweismittel zu Gebote steht, durch einen zweiten Zeugen dargethan werden. Dieser Argumentation kann man nicht beitreten. Die Thatsache, daß die Erinnerung von der Entstehung oder dem Gegentheile des gegenwärtigen Zustandes vorhanden ist, ist es, welche die Unvordenklichkeit entkräftet und widerlegt; diese Thatsache liegt aber vor und ist darum auch juristisch gewiß, wenn auch nur ein einziger Mensch sich des Anfanges oder des Gegentheiles des jetzigen Zustandes erinnert; denn es ist dann eine memoria contrarii vorhanden und diese wird eben so genügend durch Einen, als durch Mehrere bekundet; die bloße Thatsache der vorhandenen Erinnerung ist entscheidend; und diese ist vorhanden, wenn auch nur ein Mensch sich erinnert. Es wird dies unseres Erachtens unwiderleglich durch Folgendes bewiesen. Wenn derjenige, welcher sich auf die unvordenkliche Verjährung beruft, noch so viele Zeugen hätte, welche versichern, weder selbst sich des Gegentheiles des jetzigen Zustandes zu erinnern, noch über einen gegentheiligen Zustand etwas von ihren Vorfahren vernommen zu haben und nur Einer der Beweiszeugen sagte aus, daß er allerdings selbst einen andern Zustand kenne oder einen andern von seinen Vorfahren in Erfahrung gebracht habe, so würde ohne Zweifel durch diese einzige Aussage die Aussage aller übrigen dem Beweisführer günstigen Zeugen widerlegt und entkräftet, weil es eben an der Unvordenklichkeit fehlt, sobald ein Mensch da ist, der sich eines anderen Zustandes in den letzten zwei Menschenaltern erinnert. — Auf das Alter der Zeugen, sofern dasselbe nur zu ihrer Zeugnißfähigkeit im allgemeinen hinreicht, kommt bei dem Gegenbeweise durchaus nichts an, da ja hier nicht, wie bei dem Hauptbeweise, irgend ein alter Zustand dargethan werden soll, welches allerdings nicht anders, als durch Zeugen von hohem Alter geschehen kann, vielmehr nur eine innerhalb Menschengedenken geschehene Thatsache zu beweisen ist,

1226) So von Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 74.

wodurch die fortwährende Existenz eines solchen Zustandes aufgehoben wird und welche, je neuer sie ist, umsomehr der zum unvordenklichen Besitze erforderlichen unverrückten Fortdauer des von dem Verjährenden für sich behaupteten Zustandes entgegensteht; daher Zeugen von jedem Alter zulässig sind, sobald dasselbe sie nur zur glaubwürdigen Aussage über das von ihnen zu versichernde Factum befähigt. Nur der Fall ist auszunehmen, wenn der Beweisführer den unvordenklichen Besitz als vor dem vom Gegner behaupteten Factum der Unterbrechung bereits vollendet beweisen will; in diesem Falle kann zwar dieses Factum selbst überhaupt nicht zum Gegenbeweise gebraucht werden; es ist aber bei etwaigen Aussagen der Gegenbeweiszeugen von ihrer Wissenschaft des Gegentheiles ohne bestimmte Zeitangabe jene Beschränkung, mithin auch das hiernach erforderliche Alter solcher Zeugen wohl zu berücksichtigen. Was die Art der Aussage der Gegenbeweiszeugen betrifft, so kommt es nur auf die Frage an, ob es hinreiche, wenn dieselben aussagen, von ihren Vorfahren gehört zu haben, daß diesen ihre Vorfahren das Factum der Entstehung des jetzigen Zustandes erzählt hätten? Die Zulässigkeit solcher Gegenbeweiszeugen, welche ihre Versicherung nur auf Hörensagen beschränken, kann, da auch bei dem Hauptbeweise der unvordenklichen Verjährung nach der klaren Bestimmung der L. 28. D. 22. 3. die Zulässigkeit solcher testes de auditu anerkannt ist, schon wegen des Grundsatzes der Gleichheit der Parteirechte keinen Zweifel leiden. Was die in Rede stehende Frage betrifft, so hängt solche mit der bereits besprochenen Frage zusammen, ob bei dem Hauptbeweise eine gemeine Sage, daß der gegenwärtige Zustand stets vorhanden gewesen sei, erwiesen werden müsse. Ist auch jene Frage von uns verneinend beantwortet worden, so liegt es doch auf der Hand, daß wenigstens bei dem Gegenbeweise auf die Mittheilung dessen, was die Zeugen von ihren Vorfahren als Mittheilung deren Vorfahren über die Entstehung des jetzigen Zustandes vernommen haben, sobald die hierauf bezüglichen Angaben specielle Thatsachen enthalten, Gewicht gelegt werden muß. Denn wenn es auch im allgemeinen nur auf das Bestehen des gegenwärtigen Zustandes während zweier Menschenalter und den Mangel der Erinnerung eines gegentheiligen Zustandes während dieser Zeit ankommt, so führt doch schon die Unbestimmtheit des Zeitraumes, welchen zwei Menschenalter umfassen, darauf, daß auch die Mittheilung dessen, was die Zeugen als von ihren Vorfahren ihnen als von deren Vorfahren über die Entstehung des jetzigen Zustandes mitgetheilt aussagen, von Gewicht sein muß, sobald die hierauf bezüglichen Thatsachen in eine Zeit fallen, welche die Grenzen zweier Generationen, vorausgesetzt, daß hier das gewöhnliche längste Lebensziel, welches Menschen zu erreichen pflegen, also 70 oder 80 Jahre, bei beiden Generationen angenommen wird, nicht überschreitet. Wenn Buchka[1227]) das Zeugniß vom Hören-

1227) Buchka a. a. O. S. 52 flg.

sagen bei dem Gegenbeweise als ein ius singulare in einer möglichst wenig von den allgemeinen Grundsätzen abweichenden Weise aufgefaßt wissen will und es daher nicht für genügend hält, wenn die beiden vernommenen Zeugen ihre Kenntniß eines gegentheiligen Zustandes nur auf einen und denselben Gewährsmann zurückführen können oder wenn die angeführten Gewährsmänner den fraglichen Zustand nicht aus eigener Erfahrung, sondern nur durch Mittheilungen ihrer Zeitgenossen gekannt haben, so scheint uns dieser Ansicht dasselbe entgegenzustehen, was wir vorher gegen die Nothwendigkeit zweier Zeugen zur Bekundung der memoria contrarii bemerkt haben. Die Thatsache der memoria contrarii ist vorhanden, sobald sich auch nur ein Zeuge des gegentheiligen Zustandes aus eigener Erfahrung oder aus der Mittheilung eines seiner Vorfahren erinnert; die Unvordenklichkeit ist dann nicht vorhanden, ebensowenig, als wenn blos einer der Beweiszeugen gegen viele andere dem Beweisführer günstige Zeugen sich selbst oder aus der Mittheilung eines seiner Vorfahren des gegentheiligen Zustandes oder des Anfanges des gegenwärtigen Zustandes erinnert. Die Verwerfung des Zeugnisses als unerheblich dann, wenn die angeführten Gewährsmänner den fraglichen Zustand nicht aus eigener Erfahrung, sondern nur durch Mittheilungen ihrer Zeitgenossen gekannt haben, ist nicht zu rechtfertigen. Denn wenn es in L. 28. D. 22. 3. heißt: neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent, so ist bei dem „aut audissent" ohne Zweifel an das gedacht, was die Vorfahren durch Mittheilung ihrer Zeitgenossen über die Thatsache des opus factum vernommen haben; denn auf die unmittelbare Wahrnehmung der Vorfahren über das opus factum geht das: „qui vidissent." b) Die Zulässigkeit der Urkunden bei dem Gegenbeweise gegen die unvordenkliche Verjährung wird von den neueren Schriftstellern übereinstimmend anerkannt. Einige ältere Juristen waren allerdings der Meinung, daß hier, wo lediglich von menschlicher Erinnerung die Rede sei, nur die Aussage von Zeugen zulässig sein könne[1228]. Diese Meinung beruht auf einer Verwechselung des Hauptbeweises mit dem Gegenbeweise; durch jenen ist erst darzuthun, daß ein Zustand vorhanden sei, welcher während des ganzen in menschlicher Erinnerung begriffenen Zeitraumes positiv bestanden hat; hier macht also die Beziehung auf menschliche Erinnerung, als Maßstab der nothwendigen Dauer eines solchen Zustandes, einen wesentlichen Bestandtheil des Beweises aus; den Gegenbeweis liefert aber jedes einzelne Factum, aus welchem ein gegentheiliger Zustand — sei es durch den Anfang des behaupteten oder dessen Unterbrechung — hervorgeht; auch hierbei ist zwar das Erforderniß menschlicher Erinnerung nicht außer Acht zu lassen, es dient aber nur zur Bestimmung des Umfanges der Zeit, innerhalb welcher sich das mi dem unvordenklichen Besitze unvereinbare Ereigniß zugetragen haben

---

1228) Diese Meinung widerlegt schon Boehmer, Ius eccl. Protestant. Lib. II. cap. 26. §. 42 sq. Siehe auch Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 77 flg.

muß; daß es sich ereignet habe, kann durch jede Art der Nachweisung, welche nur in jener Zeitbestimmung ihre äußere Begrenzung findet, dargethan werden; hieraus folgt also keine Beschränkung in Ansehung der Beweismittel an und für sich, sondern nur rücksichtlich der Erheblichkeit ihres Inhaltes, und der eigenthümliche Zweck der Gegenbeweisführung wird ebensowohl erreicht werden, wenn durch irgend ein juristisch glaubwürdiges Beweismittel, als wenn insbesondere durch Zeugenaussagen, die innerhalb Menschengedenken einmal stattgefundene Nichtexistenz des in Frage stehenden Zustandes dargethan wird. Die aus dem allgemeinen Erforderniſſe des Mangels menschlicher Erinnerung hervorgehende Bestimmung des Umfanges der Zeit, aus welcher allein gegentheilige Ereignisse zum Zwecke des Gegenbeweises benutzt werden können, widerlegt am sichersten den von Manchen nur ungenügend bestrittenen Zweifelsgrund, daß kaum ein Beispiel unvordenklicher Verjährung existiren werde, wenn man alte Urkunden als Gegenbeweismittel derselben zulassen wollte. Denn hieraus ergiebt sich als festes Princip für den Gebrauch der Urkunden zu diesem Zwecke, daß solche den Anfang des jetzigen Zustandes oder ein die ununterbrochene desselben aufhebendes Ereigniß aus einer solchen Zeit bewahrheiten müssen, welche innerhalb der Grenzen menschlicher Erinnerung liegt. — Bei Streitigkeiten von einander unabhängiger Staaten über die Landeshoheit oder die Zuständigkeit einzelner Hoheitsrechte in einem gewissen Bezirke, welche zur richterlichen Erörterung und Entscheidung, sei es infolge der in der Bundesacte angeordneten Austrägalinstanz oder infolge eines Compromisses der streitenden Staaten, gelangen, ist aus den früher schon bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung angeführten Gründen auch bei dem Gegenbeweise eine Beschränkung des Urkundenbeweises auf die Zeit menschlicher Erinnerung unstatthaft. Ebenso werden in solchen Fällen Urkunden auch, wenigstens was die ältere Zeit anlangt, oft die einzigen zu Gebote stehenden Beweismittel sein. c) Die Zulässigkeit des Eidesantrages ist bei dem Gegenbeweise viel weniger Bedenken unterworfen, als bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung, da es hier sich immer um einzelne bestimmte Thatsachen handelt, aus welchen entweder der Anfang des Besitzes innerhalb der zwei letzten Menschenalter oder eine Unterbrechung des Besitzes während dieser Zeit, oder die Existenz eines entgegengesetzten Zustandes, der in jener Zeit irgend einmal vorhanden gewesen ist, hervorgeht.

D. Rechtliche Wirkung der unvordenklichen Verjährung. Die bei weitem bestrittenste Frage in dieser Lehre ist die über die rechtliche Wirkung der unvordenklichen Verjährung, welche mit der Frage in sehr wesentlichem Zusammenhange steht, auf welchem Rechtsgrunde diese Verjährungsart beruhe. Es existiren darüber zwei Hauptansichten. Nach der einen ist die unvordenkliche Verjährung eine wahre Verjährung, das heißt, es entsteht durch ihren Ablauf ebenso, wie bei der Usucapion und der Klagenverjährung, eine wirkliche Veränderung

des Rechtszustandes, eine Erweiterung des Vermögens durch ein neu erworbenes Recht[1229]). Nach der anderen begründet sie blos die Vermuthung, daß in einer längst vergangenen Zeit ein Recht durch einen wirklichen, nur in Vergessenheit gerathenen Erwerbsgrund entstanden sei, so daß sie nicht gegenwärtig den Rechtszustand ändert, sondern blos den Beweis einer früheren Aenderung darbietet. Dieser letzteren Ansicht sind nicht nur die meisten älteren Juristen[1230]), sondern auch fast alle neueren Schriftsteller[1231]). Indessen verräth sich hier oft einiges Schwanken in der Bestimmung der eigentlichen Wirksamkeit des unvordenklichen Besitzes. So bemerkt Valett[1232]), nachdem er der unvordenklichen Verjährung die Bezeichnung einer allgemeineren Erwerbungsart, gegenüber der sonstigen Acquisitivverjährung, beigelegt hat, dieselbe ersetze alle rechtmäßigen Erwerbstitel, fügt jedoch weiter hinzu, daß diese Verjährung, da sie durch den Gegenbeweis vernichtet werde, gar keine Erwerbungsart bilde. Nach Eichhorn[1233]) begründet die unvordenkliche Verjährung überhaupt die Rechtsvermuthung einer ursprünglich rechtmäßigen Erwerbung. In gleichem Sinne äußern sich Dunker[1234]) und Heim[1235]). Mühlenbruch[1236]) sagt: Die sogenannte Immemorialverjährung dürfe zwar nicht als ein besonderer Grund, Eigenthum zu erwerben, angesehen werden; doch ständen die Grundsätze, worauf sie beruhen, in genauer Verbindung mit der Lehre von der Ersitzung; der unvordenkliche Besitz gelte so viel, als die wirkliche Begründung des Rechtes; die seit unvordenklicher Zeit stattgehabte Ausübung des Rechtes trete an die Stelle der rechtlichen Begründung desselben; man pflege den seit zwei Menschenaltern bestehenden Zustand als feste, jeden Gegenbeweis ausschließende Norm gelten zu lassen. Schelling[1237]), davon ausgehend, daß die unvordenkliche Zeit ihrem allgemeinen Principe nach schon von dem römischen Prätor als eine Rechtsbegründung aufgenommen worden zu sein scheine, bezieht sich zunächst darauf, daß es nach der L. 3. §. 4. D. 43. 20. ebenso gehalten

---

1229) Diese Ansicht wird besonders vertheidigt von Neller l. c. p. 114. 115. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 147. Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, §. 19, S. 80—95. Bd. 7, S. 222 flg.

1230) Vgl. die zahlreichen Citate bei Pfeiffer a. a. O. Bd. 2, S. 81, Note k.

1231) Pfeiffer a. a. O. Bd. 7, S. 233 flg. führt die neueren Schriftsteller und ihre Ansichten an. Hauptsächlich kommen hier in Betracht Schelling a. a. O. S. 17, 98 flg., 104. Arndts, Beiträge S. 126 flg. Buchka a. a. O. S. 37 flg., 43. Savigny a. a. O. S. 528 flg. Friedländer a. a. O. Abth. 1, S. 51 flg. Abth. 2, S. 63 flg.

1232) Valett, Lehrb. des Pandektenrechtes Th. 1, §. 129.

1233) Eichhorn, Einl. in das teutsche Privatr. §. 163.

1234) Dunker, Lehre von den Reallasten §. 148.

1235) Heim, diss. de vera praescriptionis immemorialis indole. Marburg. 1828.

1236) Mühlenbruch, Pandektenrecht Bd. 2, §. 269.

1237) Schelling a. a. O. S. 17, 98 flg., 104.

werde, daß die Unvordenklichkeit dem Beweise der rechtmäßigen Erwerbung gleichstehe. Sie sei zwar keine Verjährung und begründe also keine Erwerbung; aber ihre Wirkung sei doch, wie bei den Verjährungen, ebenfalls auf den Einfluß der Zeit und die Bedingung des fortgesetzten Besitzes begründet und komme endlich selbst dem Resultate nach scheinbar mit den Verjährungen überein, und so sei es geschehen, daß man, allmälig nur mehr diese Wirkung berücksichtigend, der Unvordenklichkeit ebensogut als einer Erwerbsquelle von Rechten gedachte, als man dieses im eigentlichen Sinne nur bei den gewöhnlichen Erwerbsarten thun konnte. Obgleich also Unvordenklichkeit dem Principe gemäß nur der Beweis eines erworbenen Rechtes sei, so werde dieselbe doch im positiven Rechte vermöge einer durchgehenden und allgemeinen Praxis als ein Supplement der ordentlichen Ersitzung angesehen, nur mit dem wichtigen Unterschiede, daß bei den übrigen Verjährungen ein Mangel im ursprünglichen titulus acquirendi angenommen, bei der unvordenklichen Zeit aber eine causa präsumirt werde, quae olim iam transtulerit dominium. Arndts[1238]) tritt in einer besonderen, hauptsächlich der vorliegenden Streitfrage gewidmeten Abhandlung im Wesentlichen der Ausführung Schelling's bei. Er bemerkt vorerst, man sei zu weit gegangen, wenn man der s. g. unvordenklichen Verjährung die Eigenschaft einer Verjährung ganz abgesprochen habe; der allgemeine Begriff von Verjährung sei so weit umfassend, daß man jene auch dann darunter subsumiren müsse, wenn auch ihre Wirkung nur in Begründung der Rechtsvermuthung einer früher eingetretenen rechtmäßigen Erwerbung bestehe, wodurch der Besitzer von dem Beweise der Entstehung seines Rechtes befreit werde; immer liege darin die Erwerbung eines rechtlichen Vortheiles durch die fortgesetzte Ausübung eines Rechtes und eine juristisch bedeutende Veränderung des Rechtsverhältnisses, welche durch den Zeitablauf bewirkt worden sei; indessen sei dies im Grunde blos Wortstreit. Sodann führt er als die herrschende Meinung an, daß das Wesen der unvordenklichen Verjährung darin gesetzt werde, daß dadurch eine Vermuthung für die rechtmäßige Erwerbung des Rechtes entstehe, daß der Besitzer so angesehen werde, als habe er auf rechtmäßige Weise das fragliche Recht erworben. Er will aber dabei nicht an eine Vermuthung gedacht wissen, welche nur vorläufig dem Besitzer Sicherheit gewähre, durch den Beweis des Gegentheiles aber immer noch angefochten und umgestoßen werden könne, obgleich hierin gerade das Wesen einer gewöhnlichen Rechtsvermuthung besteht, und doch will er die von Anderen gebrauchte Bezeichnung jener Vermuthung als praesumtio iuris et de iure nicht als angemessen gelten lassen, indem der Gegenbeweis, welcher hier ausgeschlossen werde, eigentlich nicht der Gegenbeweis gegen eine durch Unvordenklichkeit begründete Vermuthung, sondern vielmehr gegen die Unvordenklichkeit selbst sei, welche die Vermuthung begründen

---

1238) Arndts a. a. O. S. 126 flg.

solle, und hier von einer praesumtio iuris et de iure zu sprechen, nicht passender wäre, als wenn man überhaupt das Resultat einer jeden abgeschlossenen Beweisführung oder vielmehr den Inhalt des sich darauf gründenden rechtskräftigen Urtheiles, welches jenes Resultat definitiv ausspreche, auf eine solche Präsumtion zurückführen wollte. Arndts erklärt es für eine contradictio in adiecto, zu behaupten, durch die unvordenkliche Verjährung werde eine Vermuthung früheren Rechtserwerbes begründet; gegen diese Vermuthung sei aber noch der Beweis des Gegentheiles zulässig, da gerade zur Vollendung der unvordenklichen Verjährung vorausgesetzt werde, daß dieser Gegenbeweis nicht mehr geführt werden könne. So lange noch dieser Gegenbeweis zulässig sei, könne man nicht sagen, daß die Unvordenklichkeit des Besitzes bewiesen sei; erst dann stehe also die Unvordenklichkeit des Besitzes unter den streitenden Theilen juristisch fest, wenn nach gelungenem Beweise ein Gegenbeweis entweder gar nicht versucht oder nicht gelungen sei und nun nicht mehr zugelassen werde; in diesem Falle müsse der Richter das Recht als wohlerworbenes zuerkennen und es könne keine Rede mehr davon sein, daß nun noch von Seiten derselben Gegenpartei die wirkliche Existenz der rechtlichen Erwerbung bestritten und Gegenbeweis dagegen versucht werden könne. Die Ausführung von Arndts ist speciell gegen Pfeiffer gerichtet. Göschel[1239]) spricht sich dahin aus, der Besitz gelte für Eigenthum, weil das Gegentheil nicht erhelle; er müsse daher über Menschengedenken hinausreichen, ita, ut contrarii memoria non exstet; die unvordenkliche Verjährung diene nicht, Rechte zu erwerben, sondern Rechte zu sichern, deren Erwerbung nicht nachzuweisen sei. Göschen[1240]) spricht sich sehr bestimmt für die Präsumtionstheorie dahin aus: bei der unvordenklichen Verjährung sei nicht davon die Rede, daß durch den Zeitverlauf etwas erworben werden solle, sondern die unvordenkliche Verjährung eines Rechtes begründe nur die Vermuthung eines anderweiten gesetzmäßigen Erwerbes. Roßhirt[1241]) giebt zwar zu, daß man nach den Bestimmungen des römischen Rechtes hierbei wohl von einer Verjährung sprechen könne, aber ohne bestimmte Requisite und Wirkungen; nach dem kanonischen Rechte und den Reichsgesetzen nimmt er an, daß der in der unvordenklichen Verjährung liegende Verzicht zugleich als Begründung des Rechtes für den Andern angesehen worden sei und leugnet demnach, daß das Institut eine Verjährung sei; er findet darin eine durch Verzicht und Aufgebung entstandene, wenigstens stillschweigende Begründung von Rechten. Kierulff[1242]) sagt: wenn man annehme, daß die s. g. Immemorialpräscription gemeinrechtlich die juristische Präsumtion eines rechtlichen Er-

1239) Göschel, zerstreute Blätter Bd. 1, S. 373.
1240) Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht Bd. 1, S. 335.
1241) Roßhirt, Civilrecht Bd. 1, §. 49.
1242) Kierulff, Theorie des gem. Civilrechtes Bd. 1, S. 55.

werbes begründe, so sei dieselbe kein besonderer Erwerbsgrund, sondern vertrete nur die Stelle des gewöhnlichen Entstehungsgrundes oder der Beweis ihrer Erfordernisse gelte als Beweis eines wirklichen Erwerbsgrundes. Phillips[1243]) stellt sie der Gewohnheit gleich. Maurenbrecher[1244]) findet den allgemeinen, aus der Natur der praescriptio immemorialis hergeleiteten Grund für die Annahme derselben darin, daß, da sie eine praesumtio iusti tituli sei, sie auch die praesumtio legis enthalte. Schmidt von Ilmenau[1245]) setzt den Unterschied der römischen vetustas von allen ähnlichen Instituten darin, daß „der factische Zustand einer Sache, wenn ihm das Prädicat einer vetustas zukomme, als ein gesetzlich entstandener betrachtet werde," und bestimmt hiernach die Wirkung der vetustas dahin, daß „der durch sie geschützte Zustand als ein rechtmäßiger angesehen werde und die Schutzmittel eines solchen habe." Buchka[1246]) erklärt sich für die Präsumtionstheorie, welche die Präsumtion eines rechtlichen Erwerbes als Folge des unvordenklichen Besitzes betrachte, als das für die Entwickelung der Sätze, welche im heutigen Rechte von dem unvordenklichen Besitze gelten, festzuhaltende Grundprincip. Savigny[1247]), nachdem er die beiden Hauptansichten referirt und die Gründe dafür, daß die unvordenkliche Verjährung eine wirkliche Verjährung sei, für unerheblich erachtet, indem erstens der allgemeine Verjährungsbegriff, welcher auf sie passen solle, grundlos und verwerflich sei, sodann aber der im kanonischen Rechte davon gebrauchte Ausdruck praescriptio nichts über die Natur des Rechtsinstitutes beweisen könne, weil dieser Ausdruck unter dem Einflusse eines unächten Sprachgebrauches gewählt sei, entscheidet sich aus folgenden Gründen für die Präsumtionstheorie. „Das römische Recht, in welchem dieses Institut seinen Ursprung habe, könne es nicht als eine Art von Ersitzung gedacht haben, da in mehreren Fällen seiner Anwendung weder ein Besitz zum Grunde liege, noch ein Privatrecht erworben, sondern nur ein öffentlicher Zustand als rechtmäßig gegründet festgestellt werde. Hätte man wirklich eine Art der Ersitzung in den Fällen einführen wollen, worin jetzt die unvordenkliche Zeit gilt, so wäre nichts natürlicher gewesen, als eine bestimmte, nur hinreichend lange Zeit vorzuschreiben, etwa 100 Jahre, die man als Verjährungszeit im kanonischen Rechte ohnehin schon früher angewendet habe. Daß man dieses nicht that, sondern eine Zeit von unbestimmter Dauer, also verschieden von allen bekannten Verjährungen, vorschrieb, zeige deutlich, daß man zwar einen ähnlichen Vortheil, wie durch Ersitzung, erreichen wollte, nämlich die Feststellung schwankender Rechtsverhältnisse, aber auf einem

---

1243) Phillips, teutsches Privatrecht §. 119, Bd. 1, S. 120 (3. Ausg. v. 1846).

1244) Maurenbrecher, teutsches Privatrecht Bd. 1, S. 701, 2. Ausg.

1245) Schmidt von Ilmenau, civil. Abhandlungen S. 174, 185.

1246) Buchka a. a. O. S. 37 flg., 43.

1247) Savigny a. a. O. S. 528 flg.

ganz anderen Wege. Endlich, wenn wirklich eine gegenwärtige Veränderung durch unvordenkliche Zeit bewirkt werden sollte, so müßte doch irgend ein Zeitpunkt dafür angegeben werden können; ein solcher sei aber hier gar nicht zu finden, man möchte denn etwa den Tod des letzten Zeugen, welcher den entgegengesetzten Zustand gekannt hätte, als einen solchen Zeitpunkt ansehen wollen. Das wahre Verhältniß zur Ersitzung sei also dieses. Die Ersitzung sei wirklich, ihrer Natur nach, dazu bestimmt, ein neues Recht zu begründen, obgleich sie in vielen Fällen auch dazu dienen könne, einen längst vollzogenen Erwerb, dessen Beweis nur verloren ist, gegen Anfechtung zu sichern. Umgekehrt solle die unvordenkliche Zeit, nach ihrer Natur, einen früher vollendeten Erwerb gegen Anfechtung sichern, obgleich sie in einzelnen Fällen durch ihre, allerdings nicht unfehlbare Vermuthung auf ähnliche Weise, wie durch eine Aenderung des Rechtszustandes, wirken könne. Wo sie auf diese Weise wirken könne, habe sie weniger innere Verwandtschaft mit der Ersitzung, als mit dem rechtskräftigen Urtheile. Denn auch dieses sei dazu bestimmt, das wirklich vorhandene Recht nicht zu ändern, sondern gegen jede künftige Anfechtung zu sichern; dennoch bewirke es in einzelnen Fällen (wenn ihm ein Irrthum des Richters zum Grunde liege) eine wahre Aenderung des Rechtszustandes. Das praktische Interesse dieser Streitfrage sei nicht selten unrichtig aufgefaßt worden. Es bestehe erstlich darin, daß ein neues Gesetz, welches für irgend ein Rechtsverhältniß alle Verjährung untersagt, auf die unvordenkliche Zeit, welche keine Verjährung sei, nicht bezogen werden dürfe. Indessen müsse diese Regel doch mit Vorsicht angewendet werden. Denn da es sich in einem solchen Falle lediglich um die Auslegung des neuen Gesetzes handele, so komme es nicht sowohl darauf an, ob die unvordenkliche Zeit in der That eine Verjährung sei, als darauf, ob dieser Gesetzgeber sie für eine Verjährung angesehen habe. Zweitens folge aus der Präsumtionstheorie, daß gegen den Ablauf der unvordenklichen Verjährung keine Restitution möglich sei, da eine solche überhaupt nur gegen Aenderungen des Rechtszustandes, nicht gegen bloße Vermuthungen, nachgesucht werden könne. Von Erheblichkeit sei indessen diese Folgerung nicht, da auch schon gegen wirkliche Klagenverjährungen, wenn sie nur wenigstens 30 Jahre betragen, alle Restitution ausdrücklich untersagt sei. Die wichtigste Folge aber liege darin, daß gegen die unvordenkliche Zeit, als eine bloße Vermuthung, noch immer ein Beweis des Gegentheiles zulässig sei, anstatt daß von einem solchen gegen die vollendete Ersitzung oder Klagenverjährung niemals die Rede sein könne. Dieser wichtige Satz sei jedoch näher zu bestimmen, da er auf mancherlei Weise mißverstanden worden sei. Es sei in diesem Satze nicht die Rede von dem directen Gegenbeweise darauf gerichtet, daß der streitige Besitz nicht in den beiden letzten Menschenaltern ununterbrochen vorhanden gewesen ist. Denn wenn dieser geführt wird, so sei der unvordenkliche Besitz gar nicht vorhanden, also auch nicht die durch ihn bedingte Vermuthung,

also könne auch nicht davon die Rede sein, dieser Vermuthung durch Beweis ihre gewöhnliche Kraft zu entziehen. Dieser Gegenbeweis sei auch gegen das behauptete Dasein einer Tradition oder Usucapion zulässig, welche doch gewiß wahre Rechtserwerbungen seien. Noch weniger dürfe behauptet werden, daß dieser directe Gegenbeweis, wenn er jetzt mißlang und daher die unvordenkliche Zeit mit ihren Folgen rechtskräftig anerkannt wurde, künftig von Neuem versucht werden könnte, weil doch nur eine Vermuthung vorhanden sei. Durch diese Behauptung werde die selbstständige Wirksamkeit des rechtskräftigen Urtheiles verkannt, bei welchem es ganz gleichgiltig sei, ob es durch eine Vermuthung, durch einen wahren Beweis oder selbst durch einen irrig angenommenen Beweis veranlaßt worden war. Der wahre Sinn jenes Satzes bestehe darin, daß der Gegenbeweis die aus den letzten zwei Menschenaltern hervorgehende Vermuthung durch solche Thatsachen entkräften darf, welche aus einer noch früheren Zeit hergenommen sind. Es frage sich nun, worin diese älteren Thatsachen bestehen müßten, um zu dem erwähnten Zwecke tauglich zu sein. Die aus dem ununterbrochenen Zustande der zwei letzten Menschenalter hergenommene Vermuthung, daß in irgend einer früheren Zeit ein Rechtsgrund dieses Zustandes eingetreten sei, könne nun zuvörderst nicht durch den Beweis entkräftet werden, daß in irgend einem früheren Zeitpunkte das Gegentheil jenes Zustandes wirklich einmal stattgefunden hat (also durch das bloße contrarium), da der vermuthete Rechtszustand nach jenem Zeitpunkte eingetreten sein könne, so daß dessen Annahme mit jenem geführten Beweise gar nicht im Widerspruch stehe. Ganz entscheidend für diese Behauptung sei die römische Gesetzstelle[1248]), nach welcher Gemeindewege als öffentliche gelten, wenn sie nur überhaupt als Wege über Menschengedenken bestanden haben, obgleich man weiß, daß der Boden derselben in irgend einer älteren Zeit als Feld von den einzelnen Eigenthümern benutzt wurde, folglich damals nicht die Gestalt eines Weges hatte. Aber auch wenn man nicht blos das Gegentheil des jetzigen Zustandes, sondern dessen Entstehung in jener älteren Zeit beweise (das initium), so sei auch dieses an sich noch nicht hinreichend zur Widerlegung der aus der unvordenklichen Zeit entspringenden Vermuthung. Denn sei die bewiesene Entstehung eine rechtmäßige, so sei das Recht gewiß, selbst ohne unvordenkliche Zeit. Sei sie eine unrechtmäßige, so sei dadurch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß nachher ein Rechtsgrund hinzugetreten sei, und eben auf dessen Annahme gehe ja die in der unvordenklichen Zeit liegende Vermuthung. Dasselbe müsse um so mehr gelten in den noch häufigeren Fällen, worin zwar die Entstehung bewiesen werde, aber so, daß es dabei ungewiß bleibe, ob dieselbe rechtmäßig war oder nicht. Daher werde ein solcher Beweis nur dann als Widerlegung der Vermuthung gelten können, wenn durch ihn nicht nur die unrechtmäßige Entstehung selbstgewiß

1248) L. 3. pr. D. 43. 7.

sei, sondern auch deren fortgehender ununterbrochener Causalzusammenhang mit dem in die zwei letzten Menschenalter fallenden Zustande. Es leuchte von selbst ein, wie schwer ein solcher Beweis sei und wie er um so schwerer werden müsse, je entfernter der Zeitpunkt jener bewiesenen Entstehung in der Vorzeit liege." — Pfeiffer, der Hauptvertheidiger der anderen Ansicht, daß die unvordenkliche Verjährung eine Art wirklicher Verjährung, mithin ein Mittel der Erwerbung von Rechten durch den Zeitablauf, und von der gewöhnlichen acquisitiven Verjährung nur in Ansehung der dazu erforderlichen Dauer dieses Zeitablaufes wesentlich verschieden sei, hält die entgegengesetzte Ansicht für von ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung gänzlich entblößt, indem sich in den Gesetzen selbst auch nicht der geringste Anlaß zu der Voraussetzung finde, daß man bei der mit dem unvordenklichen Besitze verbundenen Wirkung von der Idee eines demselben vorausgegangenen speciellen Rechtsgrundes des Besitzes ausgegangen sei oder daraus nur die Vermuthung des Daseins eines solchen gefolgert habe. Dies vorausgesetzt, werde, soviel die Wirkung des unvordenklichen Besitzes betrifft, dafür 1) schon in den römischen Gesetzen selbst gerade derselbe Gesichtspunkt angegeben, worauf im allgemeinen die Einführung der Usucapion als Mittel der Eigenthumserwerbung beruhte[1249]). Diesem Gesichtspunkte entsprächen nun aber 2) diejenigen Ausdrücke vollkommen, in welchen die römischen Gesetze von der rechtlichen Wirkung des unvordenklichen Besitzes sprechen. Eine Wasserleitung, welche über Menschengedenken besteht, solle der vermöge eines besonderen Rechtsgrundes errichteten gleichgeachtet werden: iure constituti loco habetur, ihr solle die lange Dauer Anspruch auf gerichtlichen Schutz verleihen: cui auctoritatem vetustas daret, verglichen mit: si qua opera publica auctoritate facta sint — — in eadem causa esse ea, quorum memoriam vetustas excedit. Vorzüglich entscheidend sei aber die Zusammenstellung der vetustas mit den übrigen Arten der rechtlichen Begründung einer Servitut auf das tiefer gelegene Grundstück in L. 2. pr. D. 39. 3.: Tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas, woran sich dann die Worte anschließen: quae semper pro lege habetur. Die Unvordenklichkeit des Besitzes werde in allen Stellen offenbar als ein unmittelbarer Grund der Rechtszuständigkeit behandelt, und nicht blos als Mittel, um daraus die Voraussetzung eines wirklich vorhandenen sonstigen Titels abzuleiten. 3) Auch das kanonische Recht und die Reichsgesetze erforderten die Annahme einer selbstständigen Wirksamkeit des unvordenklichen Besitzes, indem sie denselben ganz ausdrücklich als Gattung der Verjährung behandelten. Endlich 4) stehe es mit der rechtlichen Natur einer Vermuthung geradezu im Widerspruche, dieselbe als Wirkung der unvor-

1249) L. 2. pr. D. 39. 3.: vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa, verglichen mit der von der Usucapion sprechenden L. 1. D. 41. 3. Pr. Inst. II. 6. L. 5. §. 1. D. 41. 10.

denklichen Verjährung zu behandeln. Speciell gegen Arndts richtet sich die Ausführung von Pfeiffer[1250]) in folgenden Punkten. Arndts macht als Hauptgrund dafür, den Gedanken an eine Gleichstellung der unvordenklichen Verjährungszeit der Ersitzung ganz fallen zu lassen, geltend: es müßte, wenn durch den unvordenklichen Besitz eine neue Erwerbung eines Rechtes bewirkt worden sein sollte, für diese Erwerbung irgend ein Zeitpunkt ihrer Vollendung angenommen werden; als ein solcher Zeitpunkt könne nur der Augenblick bezeichnet werden, in welchem das letzte Beweismittel, durch welches noch ein bestimmter Anfang des fraglichen Besitzes hätte erwiesen werden können, zu Grunde ging; es wäre aber gewiß sonderbar, von solchen Umständen die Erwerbung eines Rechtes abhängen zu lassen. Pfeiffer giebt letzteres zu, hält aber jene Zeitbestimmung gar nicht den Verhältnissen angemessen, sondern es sei hierbei nur anzunehmen, daß die Unvordenklichkeit bereits zu der Zeit vorhanden sein müsse, wo die Besitzausübung unterbrochen oder mittelst des erhobenen Processes streitig geworden ist. Ein anderes, sehr scheinbares Argument gegen die Gleichstellung der unvordenklichen Verjährung mit der bestimmten Verjährung, daß nämlich bei dieser erwiesen werden möge, daß bis zu einem bestimmten Zeitpunkte das fragliche Recht einem Anderen zugestanden und der jetzige Prätendent den Besitz desselben ohne das Recht selbst erworben habe, und dennoch jetzt, nachdem der Besitz während bestimmter Zeit ununterbrochen fortgesetzt worden, das Recht durch den fortgesetzten Besitz erworben sei, während das Wesen der unvordenklichen Verjährung eben darin bestehe, daß das Recht als erworben in unvordenklicher Zeit, aber nicht durch dieselbe, anzunehmen sei, hält Pfeiffer für unerheblich in Erwägung, daß die dabei vorausgesetzte Verschiedenheit beider Verjährungsarten, nur mit Ausnahme der Dauer des Zeitablaufes, gar nicht existire, indem auch bei der unvordenklichen Verjährung der Fall eintreten könne, daß ein Zeitpunkt erwiesen werden könne, wo das fragliche Recht einem Anderen zustand und dennoch jetzt dieses Recht als dem Besitzer durch den fortgesetzten Besitz erworben betrachtet wird, sofern nur jener gegentheilige Zustand in einen Zeitraum jenseit zweier Menschenalter (wie bei der bestimmten Verjährung jenseit 10, 20, 30 oder 40 Jahre) fällt. Gegen die Ausführung von Savigny, welche das praktische Interesse der Streitfrage, ob die unvordenkliche Verjährung eine wirkliche Verjährung und Erwerbsart von Rechten sei oder blos eine Vermuthung für die rechtmäßige Erwerbung und Entstehung eines Rechtes begründe, betrifft, bemerkt Pfeiffer[1251]) folgendes. Nach Savigny solle das praktische Interesse 1) darin bestehen, daß ein neues Gesetz, welches für irgend ein Rechtsverhältniß alle Verjährung untersage, auf die unvordenkliche Zeit, welche keine Verjährung sei, nicht bezogen werden

1250) Pfeiffer a. a. O. Bd. 7, S. 237 flg.
1251) Pfeiffer a. a. O. Bd. 7, S. 242 flg.

dürfe, wobei es indessen, da es sich in einem solchen Falle lediglich um die Auslegung eines neuen Gesetzes handele, nicht sowohl darauf ankomme, ob die unvordenkliche Zeit in der That eine Verjährung sei, als darauf, ob dieser Gesetzgeber sie für eine Verjährung angesehen habe. Nach Pfeiffer's Bemerkung fällt, da gerade dieses immer und allein entscheide, damit diese Regel im praktischen Interesse völlig hinweg. Das praktische Interesse bestehe nach Savigny ferner 2) darin, daß gegen den Ablauf der unvordenklichen Zeit keine Restitution möglich sei, da eine solche überhaupt nur gegen Aenderungen des Rechtszustandes, nicht gegen bloße Vermuthungen, nachgesucht werden könne. Pfeiffer bemerkt dagegen, daß, da Savigny selbst hinzufüge, diese Folgerung sei nicht von Erheblichkeit, da auch schon gegen wirkliche Klagenverjährungen, wenn sie nur wenigstens 30 Jahre betrügen, alle Restitution versagt sei, hiermit auch das bei dieser Folgerung vorausgesetzte praktische Interesse verschwinde. 3) Die wichtigste Folge liegt nach Savigny darin, daß gegen die unvordenkliche Zeit als eine bloße Vermuthung noch immer ein Beweis des Gegentheiles zulässig sei. Wie Savigny dies verstehe, ist bereits vorher ausführlich vorgetragen worden. Pfeiffer pflichtet nun zwar der Ausführung Savigny's über den wahren Sinn dieses Satzes, der darin bestehe, daß der Gegenbeweis die aus den letzten zwei Menschenaltern hervorgehende Vermuthung durch solche Thatsachen entkräften dürfe, welche aus einer noch früheren Zeit hergenommen seien, daß aber ein solcher Beweis nur dann als Widerlegung der Vermuthung gelten könne, wenn durch ihn nicht nur die unrechtmäßige Entstehung selbst gewiß sei, sondern auch deren fortgehender ununterbrochener Causalzusammenhang mit dem in die zwei letzten Menschenalter fallenden Zustande, bei, weicht jedoch darin ab, daß er die Zulassung eines Gegenbeweises darüber, daß ein Verhältniß solcher Art in einem fortgehenden ununterbrochenen Causalzusammenhange mit dem in die zwei letzten Menschenalter fallenden Zustande stattgefunden haben, nicht als Folge der dem unvordenklichen Besitze zukommenden Vermuthung betrachtet, sondern von diesem Gegenbeweise ganz dasselbe als geltend ansieht, was Savigny von dem directen, darauf, daß der streitige Besitz nicht in den beiden letzten Menschenaltern ununterbrochen vorhanden gewesen sei, gerichteten Gegenbeweise sagt, daß nämlich, wenn dieser geführt werde, der unvordenkliche Besitz (des mittelst desselben zu erwerbenden Rechtes) gar nicht vorhanden sei, also auch nicht die durch ihn bedingte Vermuthung; denn bei jener Zulassung sei das eigentlich Entscheidende der Uebergang des Zustandes einer unrechtmäßigen (zum Erwerbe durch unvordenklichen Besitz nicht geeigneten) Entstehung in die Periode der zwei letzten Menschenalter: es reiche also in diese herüber der Mangel eines solchen rechtlichen Besitzstandes, wie er zur Begründung der unvordenklichen Verjährung erfordert wird, und es sei damit das Vorhandensein eines innerhalb der von dem positiven Beweise des unvordenklichen Besitzes zu umfassenden

Periode liegenden contrarium dargethan, wodurch unzweifelhaft dieser Beweis beseitigt werde, möge man nun die Wirkung des unvordenklichen Besitzes als Verjährung, als Feststellung eines Erwerbsgrundes oder als Vermuthung eines rechtmäßigen Erwerbes bezeichnen. Auch hier also falle das praktische Interesse der vorliegenden Streitfrage hinweg und es bleibe demnach gar kein solches praktisches Interesse übrig. Pfeiffer stimmt daher der Aeußerung Schelling's[1252]) bei: es sei dem Resultate nach ganz dasselbe, ob man sage: ein erworbenes Recht werde durch Unvordenklichkeit bewiesen, oder: ein Recht werde durch Unvordenklichkeit erworben, und da letztere denselben stetigen Besitz voraussetze, wie die gewöhnlichen Verjährungen, so sei durch die Ausbildung der Unvordenklichkeit als eines, wiewohl normalen Supplements der ordentlichen Ersitzung, wofür allerdings eine constante Praxis spreche — und diese sei es, welche hier den Ausschlag gebe — auf die Lehre derselben kein schädlicher Einfluß mehr zu befürchten, indem man des Principes sich bewußt bleibe, und eben dadurch jede nachtheilige Rückwirkung dieser allmäligen Wendung auf die Bestimmung der Grenzen ihres Umfanges und ihrer Wirkung beseitigt sei. — Wir können keiner von beiden Ansichten unbedingt beitreten und stellen unsere abweichende Meinung in Folgendem dar. Im römischen Rechte ist der unvordenkliche Besitz keine Verjährung; er wird nirgends dazu gerechnet. Er findet dort lediglich bei publicistischen Verhältnissen statt, wie Savigny ausführlich nachgewiesen hat. Er vertritt dort die Stelle einer lex, einer von der höchsten Staatsgewalt ausgegangenen Vorschrift oder Anordnung. So bei ursprünglich auf Privatboden angelegten Wegen, welche, wenn sie durch unvordenkliche Zeit als Wege bestehen, zu Gemeindewegen, also zu viae publicae werden[1253]), ebenso als wenn sie durch die Staatsgewalt und auf öffentlichem Grund und Boden angelegt worden wären. Ebenso bei künstlichen Anlagen gegen das Regenwasser, welche rechtmäßig gleich bei der Gründung einer Stadt durch die Obrigkeit, welcher diese Gründung übertragen ist, also vermittelst der lex coloniaria, in der Folge aber durch die höchsten Staatsgewalten, den Kaiser oder den Senat geschehen konnten[1254]). Die unvordenkliche Zeit, seit welcher eine solche Anstalt besteht, vertritt jedoch die Stelle der lex, also überhaupt einer von der höchsten Staatsgewalt ausgegangenen Vorschrift[1255]). Endlich bei öffentlichen Wasserleitungen vertritt die unvordenkliche Zeit die Stelle des kaiserlichen Rescriptes, wodurch Jemandem der Privatgenuß aus einer solchen aus Gnade gewährt werden konnte, also auch hier wieder die Stelle einer Rechtsnorm. Die unvordenkliche Zeit erscheint somit bei den Römern als eine Rechtsnorm, als ein Herkommen oder Gewohn-

---

1252) Schelling a. a. O. S. 204.

1253) L. 3. pr. D. 43. 7.

1254) Vgl. die in Note 1138 angeführten Stellen.

1255) L. 1. §. 23. D. 39. 3.: vetustatem vicem legis tenere. L. 2. pr. D. eod.: vetustas, quae semper pro lege habetur.

heitsrecht in publicistischen Verhältnissen. Dieser Charakter derselben als Rechtsnorm wird deutlich genug bezeichnet durch die Ausdrücke „vetustatem vicem legis tenere“ und „vetustas, quae semper pro lege habetur.“ Daß sie nicht bei Gajus[1256]) unter den Rechtsnormen, quae legis vicem obtinent, aufgeführt worden ist, sowenig wie in den Institutionen[1257]), erklärt sich daraus, daß die Eintheilung der Rechtsnormen in lex und id, quod legis vicem obtinet, sich nur auf das ius scriptum im grammatischen Sinne, auf das schriftlich aufgezeichnete Recht bezieht. Halten wir diesen Charakter der unvordenklichen Zeit als Rechtsnorm fest, so konnte von einer daraus entspringenden bloßen Vermuthung für den rechtmäßigen Erwerb, gegen welche noch irgend einmal ein Gegenbeweis zulässig sein könnte, bei den Römern keine Rede sein. Die unvordenkliche Zeit hatte als Rechtsnorm gleiche Kraft und Wirkung mit der lex oder sonstigen Vorschrift oder Anordnung der höchsten Staatsgewalt, deren Stelle sie vertrat. Im kanonischen Rechte sowie überhaupt im Mittelalter hat man aber diesen Charakter der unvordenklichen Zeit als Rechtsnorm mit dem der Verjährung vermischt und vermengt. Der Grund dieser Vermischung liegt in dem bereits mehrfach erwähnten Umstande, daß im Mittelalter in Teutschland die Staatsgewalt sowohl im ganzen als die einzelnen Hoheitsrechte als lehenfähiges Object betrachtet wurden, welche nicht nur der Kaiser den Reichsständen über ganze Territorien unmittelbar verlieh, sondern welche auch die Reichsstände wieder weiter an ihre Vasallen und Unterthanen verliehen. Dieser Grundsatz wurde auch auf die Kirchengewalt und die einzelnen darin begriffenen Befugnisse ausgedehnt und die Ausdehnung desselben hierauf lag umsoweniger fern, als die Kaiser ebenso wie Grafschaften und Herzogthümer, auch Abteien und Bisthümer zu Lehen gaben[1258]). An allen eigentlich in der höchsten Staatsgewalt oder Kirchengewalt begriffenen Befugnissen war, wie deren Lehnbarkeit ergiebt, eine rechte Gewere, mithin auch ein Besitz möglich; man wendete im kanonischen Rechte die Grundsätze vom Quasibesitze darauf an; sie wurden dadurch auch Gegenstände der Verjährung und zwar auch der erwerbenden Verjährung. Die unvordenkliche Verjährung wird nun im kanonischen Rechte ausdrücklich als eine praescriptio bezeichnet. Zur Annahme einer derselben von den übrigen Verjährungsarten abweichenden Natur, abgesehen von der langen Dauer, giebt aber das kanonische Recht keine Veranlassung. Es war auch ganz consequent, nachdem einmal die Staatsgewalt sowohl als die Kirchengewalt und die einzelnen darin begriffenen Befugnisse als Gegenstände des Besitzes und mithin auch des Privateigenthums unbestritten anerkannt waren, auch die Verjährung und zwar die erwerbende Verjährung dabei zuzulassen,

---

1256) Gai. Inst. Comm. I. §. 2—7.

1257) §. 4 sq. Inst. I. 2.

1258) Dunker, in der Zeitschr. f. teutsches Recht Bd. II, S. 50 flg. Vgl. auch den Artikel Possessorium Bd. VIII, S. 218, N. 3.

und als solche ließ man die unvordenkliche Verjährung zu, die von den bestimmten Verjährungen durch ihre längere Dauer abweicht, was sich aus der publicistischen Natur der Befugnisse erklärt, zu deren Erwerbung sie dient, während die Entbehrlichkeit des Titels schon nicht als eine Eigenthümlichkeit der unvordenklichen Verjährung angesehen werden darf, da dieselbe ja schon bei der außerordentlichen Ersitzung stattfindet. Davon, daß die unvordenkliche Verjährung blos eine Vermuthung für den rechtmäßigen Erwerb begründe, ist nirgends die Rede; sie ersetzt den bei publicistischen Befugnissen sonst erforderlichen Titel der Specialverleihung von Seiten der höchsten Staatsgewalt oder Kirchengewalt ebenso wie die außerordentliche Ersitzung durch ihre längere Dauer den sonst bei der ordentlichen Ersitzung erforderlichen Titel ersetzt. Man mag auf die Idee von einer durch die unvordenkliche Verjährung zu begründenden bloßen Vermuthung eines rechtmäßigen Erwerbes vielleicht durch die Grundsätze des älteren teutschen Rechtes gekommen sein, wonach bei dem Streite über die Gewere derjenige das Vorrecht des Beweises hat und mithin auch den Sieg im Processe davonträgt, welcher die ältere, bezüglich die bessere Gewere für sich hat. Es ist aber dabei daran zu erinnern, daß nach den Grundsätzen des altteutschen Verfahrens derjenige, welcher sich gegen einen lang dauernden Besitz auf eine bessere Gewere berufen wollte, dieses in demselben Processe thun mußte, um das Vorrecht des Beweises zu erlangen, indem ein Gegenbeweis nicht stattfand, und daß, wenn einmal für den althergebrachten Zustand entschieden war, von einem künftig dagegen etwa noch zu führenden Gegenbeweise gar nicht die Rede sein konnte. Die unvordenkliche Verjährung ist also hiernach eine wirklich erwerbende Verjährung, sie begründet einen Rechtserwerb und eine Veränderung im Rechtszustande wie jede andere Ersitzung; was derjenige, welcher sie erweist, erwirbt, ist nichts anderes, als derselbe Schutz des Besitzstandes, welchen auch die Ersitzung von bestimmter Dauer gewährt, und der Erwerb des Rechtes, welches, wenn die unvordenkliche Verjährung nicht stattfände, einem Anderen, z. B. der Staatsgewalt zustehen würde, z. B. bei Hoheitsrechten, für welche sich auf unvordenkliche Verjährung berufen wird. Wäre die unvordenkliche Verjährung keine erwerbende Verjährung, sondern begründete blos die Vermuthung eines rechtmäßigen Erwerbes, so würde derjenige, welcher sie erwiesen hat, auch keine Klage haben, wenn sie von neuem bestritten wird. Denn regelmäßig begründet nur ein wirklich erworbenes Recht ein Klagrecht, nicht aber wird solches durch eine bloße Vermuthung des rechtmäßigen Erwerbes begründet. Die unvordenkliche Verjährung hat aber außer dem Charakter der Verjährung auch noch einen anderen Charakter, den einer Rechtsnorm, den sie aus dem römischen Rechte beibehalten hat. Sie vertritt vicem legis. Sie vertritt die Stelle eines Gesetzes, eines Specialgesetzes, eines Privilegiums, bei denjenigen publicistischen Befugnissen, welche Unterthanen sonst nur durch specielle Verleihung von Seiten der höchsten Staatsgewalt erlangen können. Sie

tritt an die Stelle eines solchen Specialgesetzes und ist das Herkommen, das Gewohnheitsrecht in solchen publicistischen Verhältnissen. Die mehrfachen über Menschengedenken hinaus geübten Besitzacte enthalten die Uebung eines vom ius publicum abweichenden Rechtssatzes; die Unvordenklichkeit dieser Uebung vertritt die Stelle der sonst erforderlichen opinio necessitatis. Vermöge dieses der unvordenklichen Verjährung beiwohnenden Charakters einer Rechtsnorm, eines Gewohnheitsrechtes, gilt sie für die Zukunft als Gesetz, als Vorschrift für das durch sie festgestellte publicistische Verhältniß, gleichsam als wäre dasselbe durch den Gesetzgeber selbst so festgestellt. Daß gegen eine solche Rechtsnorm, nachdem sie einmal bewiesen und rechtskräftig darnach erkannt ist, nicht von einem noch künftig zu führenden Gegenbeweise, wie ihn Savigny nachlassen will, die Rede sein könne, leuchtet von selbst ein. Ebenso versteht es sich von selbst, daß die einmal bewiesene und rechtskräftig anerkannte unvordenkliche Verjährung als Rechtsnorm gegen jeden gelten muß, der dem dadurch festgestellten Rechtssatze zuwider handelt und daß der Verjährende in jedem anderen Processe wegen des dadurch festgestellten Verhältnisses sich auf den bereits früher geführten Beweis derselben berufen darf, gleichwie er dazu bei einer consuetudo contradicto iudicio firmata befugt ist, daß ihm also der nochmalige Beweis derselben nicht aufzubürden ist. Dieser Charakter der unvordenklichen Verjährung als Rechtsnorm kann aber nicht dazu führen, daß der Gesetzgeber, wozu er sonst wohl bei Local- und Specialgewohnheitsrechten unstreitig befugt ist, diese Rechtsnorm willkürlich und ohne Entschädigung gewähren zu müssen, aufheben dürfe. Vielmehr kommt in dieser Beziehung der Charakter der unvordenklichen Verjährung als einer Verjährung, wodurch ein Recht erworben wird, in Betracht; das dadurch erworbene Recht ist ein durch speciellen Rechtstitel wohl erworbenes Recht, welches, wie andere wohlerworbene Rechte, der Aufhebung durch Gesetz nur gegen volle vom Staate zu gewährende Entschädigung unterliegt, welche Entschädigung, wenn sie auch nicht durch das Gesetz regulirt ist, klagend gefordert werden kann. Zu der hier vertheidigten Ansicht, daß die unvordenkliche Zeit den im römischen Rechte ihr beiwohnenden Charakter einer Rechtsnorm, quae vicem legis obtinet, auch im kanonischen und heutigen Rechte beibehalten habe, sind wir einestheils durch die Betrachtung gelangt, daß es hier publicistischen Verhältnissen gilt, wo die Unvordenklichkeit dazu dient, um vom ius publicum abweichende Rechtssätze zu begründen, und wo in der That Herkommen und Verjährung so nahe an einander grenzen, daß sie sich kaum unterscheiden lassen, anderntheils dadurch, daß selbst das kanonische Recht und eine Menge der oben mitgetheilten Urkunden diese Ansicht unterstützt. In einer bereits früher angeführten kanonischen Gesetzstelle[1259]) ist von einem in einer Kirche seit unvordenklicher Zeit beobachteten Gewohnheitsrechte („consuetudi-

---

1259) Cap. 1. de consuetud. in VI. I. 4.

nem, quam in vestra ecclesia servatam asseritis tanto tempore, quod in contrarium memoria non existit") die Rede, vermöge dessen die Canonici dieser Kirche zwei kirchliche Würden („duos personatus, aut duas dignitates, vel praeposituras seu administrationes, aut duo officia vel eorum alterum cum reliquo insimul et praebendam") ohne Dispensation des päbstlichen Stuhles bekleiden durften. Der Pabst Bonifacius VIII. mißbilligt und verwirft dieses Gewohnheitsrecht. Schelling[1260]) hat diese Stelle auf die unvordenkliche Verjährung bezogen, während Savigny[1261]) solche als dahin nicht gehörig bezeichnet, indem sie gar nicht von der unvordenklichen Zeit, sondern von Gewohnheitsrecht spreche. Wir haben schon früher in diesem Artikel unsere abweichende Ansicht angedeutet. Ebensowohl wie vom Gewohnheitsrechte konnte hier von der unvordenklichen Verjährung die Rede sein, insofern es sich um das Recht derjenigen Canonici handelte, welche infolge dieses Gewohnheitsrechtes zwei kirchliche Aemter oder Würden an derselben Kirche zugleich inne hatten. Diese konnten sich ebensowohl auf unvordenkliche Zeit, als auf ein in dieser Kirche bestehendes besonderes Gewohnheitsrecht berufen. Beide fielen zusammen. Es galt einer Abweichung von dem gemeinen kirchlichen Rechte, zu welcher es sonst eines Specialgesetzes, einer besonderen Erlaubniß, eines Privilegiums oder einer Dispensation von Seiten des päbstlichen Stuhles bedurft hätte. Eine solche Abweichung konnte in Ermangelung eines solchen Specialgesetzes nur dadurch begründet werden, daß seit unvordenklicher Zeit der vom gemeinen kirchlichen Rechte abweichende Rechtssatz, daß Geistliche in derselben Kirche zwei kirchliche Aemter oder Würden zugleich bekleiden dürfen, in Uebung gewesen war. Diese seit unvordenklicher Zeit bestehende Uebung ließ sich ebensowohl als Gewohnheitsrecht, wie als unvordenkliche Verjährung auffassen, insofern es sich um das Recht derjenigen Canonici handelte, welche zu der Zeit, wo der Pabst das erwähnte Gewohnheitsrecht mißbilligte, zwei kirchliche Aemter oder Würden infolge dieses seit unvordenklicher Zeit in Uebung gewesenen Rechtssatzes bekleideten. Denn dergleichen Abweichungen vom gemeinen kirchlichen Rechte sind nach ausdrücklicher Bestimmung des kanonischen Rechtes[1262]) Gegenstände der unvordenklichen Verjährung, und da diese nothwendig Besitz und Besitzacte voraussetzt, welche das kanonische Recht bei den kirchlichen Befugnissen überhaupt anerkennt, diese Besitzacte aber als Uebung eines vom gemeinen kirchlichen Rechte abweichenden Rechtssatzes erscheinen, so fällt die unvordenkliche Verjährung hier mit dem Gewohnheitsrechte zusammen. Dem Pabste stand es als höchstem kirchlichen Gesetzgeber zwar zu, das fragliche Gewohnheitsrecht für die Zukunft zu mißbilligen und den Grundsatz des gemei-

---

1260) Schelling a. a. O. S. 54.
1261) Savigny a. a. O. S. 506, N. b.
1262) Cap. 1. de praescript. in VI. II. 13.

nen kirchlichen Rechtes wiederherzustellen, wie er auch gethan hat; keineswegs aber konnte dies zum Nachtheile derjenigen Geistlichen gelten, welche infolge jenes Gewohnheitsrechtes zwei kirchliche Aemter oder Würden zur Zeit, wo der Pabst jenes Gewohnheitsrecht mißbilligte, zugleich bekleideten, indem diesen ein seit unvordenklicher Zeit beobachteter Rechtssatz, dessen Uebung sich in Besitzacten aussprach, mithin unvordenklicher Besitz, der Abweichungen vom gemeinen kirchlichen Rechte begründet, zur Seite stand. Mit Recht hat daher Schelling die fragliche kanonische Stelle auch auf die unvordenkliche Verjährung bezogen. Dazu kommt, daß eine Menge der von Buchka mitgetheilten, schon oben größtentheils angeführten Urkunden seit dem 12. Jahrhundert bis auf die neuere Zeit den unvordenklichen Besitz und alte Gewohnheit, Herkommen, Observanz ganz auf gleiche Linie stellen und ersteren mit letzteren Ausdrücken oder entsprechenden lateinischen geradezu bezeichnen. So in der Urkunde Kaiser Friedrich's I. von 1186: non tamen credo, quod ita facile mutari possint, quod ex longa antiquitate usus in consuetudinem vertit, immo ipsa consuetudo **a progenie in progeniem descendens** quasi iusta traditione roboravit. Das von Buchka[1263]) angeführte Schreiben Kaiser Rudolph's I. von 1280 sagt von demjenigen, „quod ex antiquae consuetudinis observantia usque ad haec tempora sit perductum“ weiter: nos huiusmodi consuetudinem hactenus observatam nostris temporibus immutari nolentes. Im J. 1330 bestätigte Kaiser Ludwig der Bayer: monetarium (Spirensium) iura antiqua et **consuetudines** quascunque, hactenus per ipsos, a tempore et per tempora, quibus in contrarium memoria non existit, pacifice observatas. Im J. 1338 führten die Kurfürsten zur Begründung des ihnen vom Pabst Benedict XII. bestrittenen ausschließenden Rechtes an: cum iure caveatur et **consuetudine,** cuius contrarium in memoria hominum non existit, sit rationabiliter introductum et sine cuiusvis contradictione legitime observatum. In der goldenen Bulle von 1356 wird als Motiv der Erneuerung und Bestätigung des ius de non evocando des Königs von Böhmen und seiner Unterthanen angeführt: quod sit a tempore, cuius contrarii hodie non existit memoria, **consuetudine** laudabili inconvulse servata, diuturnitate temporum et praescripta **moribus utentium** sine contradictionis aut interruptionis obstaculo introductum. Ebenfalls in der goldenen Bulle heißt es in Beziehung auf die Wahl und Krönung des römischen Königs: illud a tempore, cuius contrarii iam non habetur memoria, esse **iugiter observatum.** Die Urkunde von 1356, wodurch Erzbischof Gerlach von Mainz das den Königen von Böhmen verliehene ius de non evocando bestätigt, enthält als Motiv ganz dieselben Worte,

1263) Buchka a. a. O. S. 9, 15.

wie die in dieser Beziehung angeführte Stelle der goldenen Bulle. Im J. 1393 bestätigt Pabst Urban V. in einem Rescripte an den Bischof zu Magdeburg zu Erledigung der über verschiedene Gerechtsame des Abtes zu Pegau entstandenen Irrungen die demselben streitig gemachten Rechte, als auf welche sie tam ex speciali privilegio eis a sede apostolica concessa, quam de antiqua et approbata, et a tanto tempore, cuius contrarii memoria non existit, observata **consuetudine** Anspruch machen könnten. Diese und andere Stellen der von Buchka und Pfeiffer mitgetheilten Urkunden, in welchen die unvordenkliche Verjährung in publicistischen Verhältnissen als consuetudo, Gewohnheitsrecht, Herkommen, Observanz bis auf die neuere Zeit bezeichnet und aufgefaßt wird, beweisen unseres Erachtens unwiderleglich, daß in publicistischen Verhältnissen beide Begriffe, die der Verjährung und des Gewohnheitsrechtes, zusammenfallen, und die unvordenkliche Verjährung nur als die Form und Gestalt erscheint, in welcher allein in publicistischen Verhältnissen ein Gewohnheitsrecht zulässig ist. — Von einer gegen die unvordenkliche Verjährung zulässigen Restitution kann weder in ihrer Eigenschaft als Verjährung, noch in ihrer Eigenschaft als Rechtsnorm die Rede sein; in ersterer Beziehung nicht, weil sie ohnehin länger dauert, als die längsten bestimmten Verjährungen, und weil schon bei der 30jährigen Klagenverjährung die Restitution ausgeschlossen ist; in letzterer Beziehung nicht, weil Restitution gegen eine Rechtsnorm unserem gemeinen Rechte ganz unbekannt ist.

Besonderer Theil. Von einzelnen Arten der Verjährung insbesondre.

Erste Abtheilung. Von der Eigenthumsersitzung.

I. Geschichtliche Einleitung. A. Vorjustinianeisches Recht. AA. Usucapio. Zur Zeit des Gajus und Ulpian ist die usucapio die alleinige erwerbende Eigenthumsverjährung, bei den unbeweglichen Sachen mit zweijähriger, bei den beweglichen mit einjähriger Dauer. Nicht blos die res mancipi, sondern auch die res nec mancipi sind derselben unterworfen[1264]) und zwar mit gleicher Wirkung. Bei genauerer Betrachtung der Wirksamkeit der usucapio ergeben sich folgende Wirkungen: 1) die usucapio dient in der Regel dazu, die bonae fidei possessio in (quiritarisches) Eigenthum zu verwandeln[1265]); ja ausnahmsweise kann sie sogar eine malae fidei possessio in (quiritarisches) Eigenthum verwandeln, wie dies bei der pro herede usucapio, usureceptio fiduciae und ex praediatura der Fall ist[1266]). 2) Außerdem

1264) Gai. Inst. Comm. II. §. 43. Ulpian. Fragm. Tit. XIX. §. 8.
1265) Gai. l. c. Vgl. pr. Inst. II. 6.
1266) Gai. Inst. Comm. II. §. 52—61. Es ist darüber früher das Nöthige bemerkt worden.

dient die usucapio dazu, das schon vorhandene bonitarische Eigenthum in quiritarisches Eigenthum zu verwandeln, indem sie blos das fehlende ius Quiritium hinzufügt[1267]). Als Hauptfall der Anwendung dieser ergänzenden usucapio ist der zu betrachten, wo eine res mancipi ohne Mancipation durch bloße Tradition veräußert worden ist. Es ist dieses auch der einzige Fall, wo sie ausdrücklich erwähnt wird[1268]); aber nicht der einzige, wo sie diese ergänzende Wirkung hatte. Denn bei der missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto erlangte der Immittirte nur bonitarisches Eigenthum, sowie dies auch bei den auf das prätorische Recht sich gründenden Universalsuccessionen der Fall war, wie bei der bonorum possessio u. s. w. Hier diente die usucapio ebenfalls dazu, das vorhandene bonitarische Eigenthum in quiritarisches zu verwandeln.

BB. Longi temporis praescriptio. Neben der usucapio bestand vor Justinian auch die longi temporis praescriptio. Ursprünglich war sie eine zum Schutze des Eigenthumsbesitzes zustehende Einrede. Ueber ihren Ursprung und ihr Verhältniß zur usucapio ist schon früher das Nöthige bemerkt worden. Sie scheint schon vor Justinian die Eigenschaft einer erwerbenden Verjährung gehabt zu haben. Daß sie vor Justinian unter dem Namen longa possessione capio oder einem ähnlichen, auf eine erwerbende Verjährung hinweisenden Namen vorgekommen sei, ist nicht anzunehmen; in den Digestenstellen, wo die Ausdrücke longa possessione capio, longo tempore capere u. dergl. vorkommen, hat ohne Zweifel ursprünglich usucapio, usucapere gestanden und die Compilatoren haben jene Ausdrücke substituirt, um an Justinian's neuere Verordnungen zu erinnern und die Digestenstellen mit diesen in Einklang zu bringen. Der Ausdruck longo temporis spatio usucapere[1269]) beruht offenbar auf einer unrichtigen Lesart; denn da in der betreffenden Stelle von der Ersitzung einer Sclavin durch den redlichen Käufer gehandelt wird, so kann von einer bei Abfassung des Codex vorgenommenen Aenderung keine Rede sein, weil bei beweglichen Sachen auch im Justinianeischen Rechte kein longi temporis spatium stattfand.

CC. Praescriptio XXX vel XL annorum. Auch eine Verjährung von 30 und 40 Jahren findet sich schon vor Justinian in der Eigenthumslehre, wenn auch nicht als erwerbende, aber doch als schützende Verjährung. Sowie nämlich die praescriptio XXX vel XL annorum überhaupt Schutz gegen Ansprüche, namentlich gegen dingliche Ansprüche gewährt, so schützt sie auch insbesondre den Eigenthumsbesitzer gegen Ansprüche, welche auf Grund des Eigenthums gegen ihn erhoben werden. Dieser Schutz ist zwar an und für sich ebenso wirksam wie der-

---

1267) Gai. II. 41. Ulpian. Fragm. Tit. I. §. 16.
1268) Gai. l. c. Ulpian. l. c.
1269) L. 4. C. VII. 26.

jenige, welchen die longi temporis praescriptio gewährt; es ist aber dennoch ein wichtiger Unterschied, indem der Besitzer, welcher nicht in der Lage ist, von der longi temporis praescriptio Gebrauch machen zu können, auch nicht die Bedingungen für sich haben wird, auf welchen die ihm zustehende dingliche Klage (wahrscheinlich die Publicianische Klage, während Andere von einer utilis actio sprechen) beruht. Die praescriptio XXX vel XL annorum konnte ihn nun zwar schützen, so lange er die Sache wirklich besaß; aber da er nach verlorenem Besitze alles Klagrechtes ermangelte, so konnte er auch gar nicht in den Fall kommen, von der praescriptio (etwa im Wege der replicatio) Gebrauch zu machen.

B. Veränderungen Justinian's. Die erste der von Justinian in Bezug auf die Eigenthumsersitzung erlassenen Constitutionen ist L. 8. C. VII. 39. vom J. 528. Diese Verordnung betrifft sowohl die 10- und 20jährige als auch die 30- und 40jährige Verjährung. Im Eingange der Stelle ist von der Verjährung von 10 und 20 Jahren die Rede. Es wird verordnet, daß durch die longi temporis praescriptio stets eine Eigenthumsklage begründet werden soll. Hierdurch wird sie völlig in eine erwerbende Eigenthumsverjährung verwandelt. Daß sie dieses in der That schon früher gewesen war, darauf deutet Justinian selbst in der angeführten Constitution mit den Worten hin: Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. Es ist kein Grund, mit Cujacius[1270]) anzunehmen, daß Justinian bei diesen Worten die Ersitzung der Servituten vor Augen gehabt habe, da der Eingang der Verordnnng nur von der longi temporis bei körperlichen Sachen handelt. Im §. 1—3 handelt die Verordnung von der 30- und 40jährigen Verjährung und bestimmt hier Aehnliches. Auch diese Verjährungsart soll ein Klagrecht begründen[1271]), also die Kraft einer erwerbenden Ersitzung haben; aber nur zu Gunsten eines Besitzers, welcher in redlicher Meinung die Sache erworben hat. Der unredliche Besitzer genießt also fortdauernd nur einen unvollkommenen und auf die Dauer des Besitzes beschränkten Schutz. Diese Regel leidet aber zwei Ausnahmen: 1) derjenige, welcher diese Verjährung für sich hat, kann gegen denjenigen, welcher ihn gewaltsam aus dem Besitze vertreibt, ohne allen Unterschied (sine ulla distinctione) das volle Recht des Eigenthümers geltend machen und vindiciren; 2) ebenso kann er, gleich einem Eigenthümer, gegen denjenigen, welcher über ihn wegen seines Ungehor-

---

1270) Cuiacius, Comm. ad tit. C. de praescr. XXX vel XL annorum.

1271) Die Verordnung sagt: ut simili uti possit praesidio. Dieses simile praesidium ist im prooemium der Stelle genannt und, wie Unterholzner ganz richtig bemerkt, nichts anderes, als die dort genannte „actio ad vindicandam rem." Mit Unrecht deutet Möllenthiel: von der Natur des guten Glaubens, die zuerst angeführten Worte dahin, daß der 30- und 40jährigen Verjährung nur eine ähnliche Wirkung (simile praesidium) beigelegt sei, wie der von 10 und 20 Jahren.

sams den Sieg im Processe davongetragen hat, binnen Jahresfrist die Wiederherstellung des Rechtsstreites nachsuchen, wenn er wegen der Fortsetzung desselben Sicherheit anbietet. Uebrigens ist ausdrücklich bestimmt (im §. 1) und auch ganz in der Ordnung, daß der Eigenthümer, welcher durch den Besitzer infolge der Verjährung von 30 oder 40 Jahren ausgeschlossen ist, seine Eigenthumsansprüche wieder geltend machen kann, sobald der durch die Verjährung geschützte Besitzer den Besitz verloren und ein Dritter den Besitz erlangt hat. Natürlich darf dieser Besitz des Dritten nicht auf rechtlicher Uebertragung durch denjenigen, welcher die Verjährung für sich hat, beruhen; denn sonst wäre infolge dieser Uebertragung auch das durch Verjährung begründete Recht auf ihn übertragen. Die zweite wichtigere Verordnung Justinian's, welche im Codex gleich durch die Titelüberschrift: de usucapione transformanda etc. den Zweck ankündigt, eine Umgestaltung in dem Rechte der usucapio zu bewirken, ist die L. un. C. VII. 31., gegen Ende des J. 531 erlassen. Bereits hatte Justinian durch die L. un. C. de nudo iure Quiritium tollendo (VII. 25.) den Unterschied zwischen dem in bonis esse und dem quiritarischen Eigenthum förmlich aufgehoben. Natürlich konnte seit dieser Zeit die usucapio nicht mehr dazu dienen, das bonitarische Eigenthum in quiritarisches zu verwandeln. Zugleich existirte aber infolge dieser Aufhebung der Unterschied zwischen den res mancipi und nec mancipi in der That nicht mehr, da die bloße Tradition, welche früher an res mancipi nur bonitarisches Eigenthum begründet hatte, jetzt volles Eigenthum geben mußte. Aber auch für die Zulassung der usucapio zu den fundi provinciales war der Weg gebahnt, weil man seit langer Zeit das dem Besitzer eines Provinzialgrundstückes zustehende Recht wohl als ein bonitarisches Eigenthum betrachtet haben mochte. Justinian mußte die gänzliche Haltlosigkeit der bisherigen Unterschiede fühlen und er hatte sich nur zu entscheiden, ob er die usucapio auch auf Provinzialgrundstücke ausdehnen oder diese Gelegenheit zur Umgestaltung des Rechtes der usucapio überhaupt benutzen sollte. Obwohl das erste am nächsten lag, so war doch das letzte zweckmäßiger. Justinian unterwarf nun alle unbeweglichen Sachen, auch in den Provinzen, der Ersitzung von 10 oder 20, bezüglich von 30 Jahren und hielt es für zweckmäßig, bei dieser Gelegenheit auch für die beweglichen Sachen die Verjährungszeit zu verlängern, damit die Ersitzung der beweglichen Sachen zu der der Grundstücke in ein angemessenes und richtigeres Verhältniß gesetzt werde. Mit der angeführten Verordnung ist pr. Inst. II. 6. zusammenzuhalten, wo Justinian sich über die angeführte Constitution so erklärt: Et ideo constitutionem promulgavimus, qua cautum est: ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est, inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis usucapiantur; et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum, iusta causa possessionis praecedente, acquiran-

tur. Die angeführte Constitution ist nun vielfach gedeutet worden. Manche[1272]) haben sie so verstanden, daß der Kaiser die usucapio abgeschafft und noch die praescriptio stehen gelassen habe. Andere erklären sie, nach Vorgang der Glosse, so, daß die usucapio blos noch für Mobilien, die praescriptio blos noch für Immobilien anwendbar sei[1273]). Andere sehen die usucapio als das ausschließlich im neuesten Rechte geltende Institut oder wenigstens als die Grundlage an, welche durch mehrere bisher nur bei der praescriptio geltende Grundsätze modificirt wurde und wollen in anderen nicht entschiedenen Punkten allgemein bei beweglichen wie bei unbeweglichen Sachen die Grundsätze der Usucapion als entscheidend betrachtet wissen[1274]). Noch Andere[1275]) sagen, nach der angeführten Constitution Justinian's habe es nur eine Ersitzung geben sollen, und es sei gleichgiltig, diese usucapio oder longi temporis praescriptio zu nennen. Diese Ersitzung habe die sämmtlichen Eigenthümlichkeiten, welche theils der longi temporis praescriptio nach und nach durch die Praxis von der usucapio angebildet waren, theils von dieser abwichen und umgekehrt von der longi temporis praescriptio auf die usucapio übertragen worden waren. Der Sache nach habe zur Zeit der L. un. C. cit. die longi temporis praescriptio (abgesehen von dem kürzeren Zeitraume von drei Jahren für die Ersitzung von Mobilien, welcher sich mehr der usucapio angeschlossen habe) im ganzen Reiche geherrscht und diesem Geiste widerspreche der Sprachgebrauch der Justinianeischen Gesetzgebung nicht. Daß die Justinianeische Ersitzung der Mobilien eine usucapio sei, kann nicht wohl bezweifelt werden; denn es spricht die Institutionenstelle ausdrücklich davon: ut res quidem mobiles per triennium ... usucapiantur, und wenn auch in der L. un. §. 1. C. cit. Justinian von dieser dreijährigen Ersitzung in einer Weise spricht, welche anzudeuten scheint, daß er sie nicht mehr als eine wahre usucapio betrachte (quasi per usucapionem eam acquisitam), so ist doch in den Institutionen keine Spur einer Bedenklichkeit in Ansehung des Ausdruckes usucapio wahrzunehmen, und die Institutionenstelle ist, da sie später ist und eine Erklärung des Gesetzgebers über seine Constitution enthält, unseres Erachtens entscheidend. Dazu kommt, daß auch in den Digesten der Ausdruck usucapio da, wo von der Ersitzung beweglicher Sachen die Rede ist, überall beibehalten ist. Wäre die Meinung Justinian's bei der Festsetzung des dreijährigen Zeitraumes für Ersitzung der Mobilien nicht auf Beibehaltung der usucapio, abgesehen von dem längeren Zeitraume, gegangen, so würden die Compilatoren in den

---

1272) Z. B. Donellus, Comm. iur. civ. Lib. V. Tit. 4.

1273) Besonders hat Hameaux, die usucapio und longi temporis praescriptio S. 83 flg., diese Ansicht vertheidigt.

1274) Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, S. 88 flg. Reinhardt, die usucapio und praescriptio S. 223 flg. Fritz, Erläut. S. 321 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 316, Anm.

1275) Stephan, im Archiv f. civil. Praxis Bd. XXXIV, S. 382 flg.

Digesten den Ausdruck usucapio nicht beibehalten haben. Hiernach ist unbedenklich anzunehmen, daß die dreijährige Ersitzung sich in allen Punkten, welche nicht durch die L. un. C. cit. ausdrücklich festgestellt sind, nach dem alten Rechte der usucapio richtet. Schwieriger ist die Entscheidung in Bezug auf die 10= und 20jährige Verjährung. Eine solche hatte es schon lange vor Justinian gegeben, obwohl eigentlich nicht mit dem Effect der usucapio, sondern als longi temporis praescriptio. Justinian hatte der longi temporis praescriptio durch L. 8. C. VII. 39. die Wirkung einer erwerbenden Verjährung ausdrücklich beigelegt, ohne in den rechtlichen Erfordernissen derselben irgend etwas zu ändern. So stand zu der Zeit, wo die L. un. C. VII. 31. erlassen wurde, der usucapio bereits eine langjährige Verjährung (longa possessione capio) zur Seite, deren rechtliche Natur zwar, im ganzen genommen, die der usucapio war, weil ja die longi temporis praescriptio im wesentlichen auf das Recht der usucapio sich gründete, welche aber dennoch von der usucapio in allen den Punkten abwich, in welchen ein Unterschied zwischen der usucapio und longi temporis praescriptio stattfand. Es konnte nun nichts natürlicher erscheinen, als daß man diese damals schon vorhandene und bei allen Provinzialgrundstücken geltende longa possessione capio auf die praedia in Italico solo übertrug. Wenn man nun damit die Sorgsamkeit in Verbindung bringt, mit welcher in den Digesten überall, wo von Immobilien die Rede ist, die Ausdrücke usucapio und usucapere vermieden und mit longa possessione capere und ähnlichen vertauscht worden sind, so scheint dies die Ansicht zu rechtfertigen, daß die longi temporis praescriptio für die Ersitzung der Immobilien im neuesten Rechte das maßgebende Institut sei. Dennoch sprechen folgende Gründe für die Ansicht, daß die 10= und 20jährige Ersitzung der Immobilien sich an die alte zweijährige usucapio anschließe, und daher in den Punkten, wo das Recht der usucapio von der longi temporis praescriptio abweicht, das erste zur Anwendung zu bringen sei. 1) In der L. un. pr. C. cit. ist die Absicht ausgesprochen, die usucapio in Ansehung der Immobilien umzugestalten (transformare), was auch die Titelüberschrift „de usucapione transformanda" andeutet, nicht aber sie ganz aufzuheben und mit einer auf einer ganz anderen Grundlage beruhenden Verjährungsart zu vertauschen. Allerdings wird im §. 1 der gedachten Stelle die Veränderung, welche mit der usucapio vorgenommen wird, mit derjenigen zusammengestellt, welche Justinian früher in Ansehung der annalis exceptio Italici contractus vorgenommen hatte (L. 1. C. VII. 40.) und welche in einer völligen Aufhebung bestand, indem gesagt wird: Ideo per praesentem legem vel in Italici soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam censemus, und es wird dadurch jener erste Grund nicht so entscheidend, als er ohnedies sein würde. 2) Der §. 2 der L. un. C. cit. ergiebt nicht undeutlich, daß Justinian alle Arten der erwerbenden Eigenthumsverjährung auf gleiche Grundsätze zurückführen

will. Er hat nun allerdings durch die wenigen näheren Bestimmungen, welche er aufzustellen für nöthig erachtet, die gewünschte Gleichförmigkeit nicht erreicht; seine Absicht ist aber doch darum unverkennbar. 3) In der angeführten Institutionenstelle wird die Ersitzung der Immobilien wirklich als eine usucapio dargestellt: immobiles vero per longi temporis possessionem, id est, inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis, usucapiantur. Auch die folgenden Stellen des Institutionentitels ergeben, daß die Ersitzung der Immobilien wirklich als eine usucapio betrachtet werden sollte. Wenn auch damit die sorgsame Veränderung der Digestenstellen, welche von einer usucapio unbeweglicher Sachen sprechen, nicht recht übereinzustimmen scheint, so kann dies doch aus dem Bestreben erklärt werden, bei jeder Gelegenheit auf die durch die neue Verordnung bewirkte Umgestaltung der für unbewegliche Sachen geltenden usucapio aufmerksam zu machen. Diese Veränderungen beziehen sich übrigens nur auf den Zeitraum, welchen Justinian von der longi temporis praescriptio entlehnt hatte. 4) Es gab zwar allerdings seit der L. 8. §. 1. C. VII. 39. eine erwerbende 10- und 20jährige Verjährung, welche offenbar nicht aus der usucapio, sondern aus der longi temporis praescriptio hervorgegangen ist. So natürlich es scheinen mag, die aus der L. un. C. VII. 31. begründete 10- und 20jährige Ersitzung als mit der in Folge der L. 8. C. cit. bereits vorhandenen identisch zu betrachten, so war doch die durch die letztere Verordnung bewirkte Veränderung noch so neu und hatte wohl noch so wenig Wurzel gefaßt, daß Justinian bei Erlassung der L. un. C. cit. sie füglich unberücksichtigt lassen konnte. — Schwieriger noch ist die Entscheidung bei der 30- und 40jährigen Verjährung[1276]). Unterholzner glaubt, obgleich diese Verjährung, welche nach Justinianeischem Rechte eine erwerbende Eigenthumsverjährung ist, in der Institutionenstelle in keinerlei Hinsicht als eine Art der usucapio aufgeführt wird, für entscheidend annehmen zu dürfen, daß in der L. un. C. VII. 31. dieselbe neben der Verjährung von 10 und 20 Jahren genannt werde, und in der Umschmelzung, welche die usucapio durch diese Verordnung erleidet, ebensowohl wie jene begriffen sei. Nehme man nun an, daß die 10- und 20jährige Ersitzung eine usucapio mit etwas veränderten rechtlichen Erfordernissen sei, so müsse man auch die Verjährung von 30 und 40 Jahren, sofern sie eine erwerbende Verjährung sei, auf ähnliche Weise beurtheilen. Die 30- und 40jährige Verjährung habe aber seit der L. 8. C. VII. 39. eine doppelte Natur; sie sei eine erwerbende Verjährung, wenn der Besitz in redlicher Meinung erworben worden ist; außerdem sei sie eine reine praescriptio zum Schutze des Besitzes gegen die Eigenthumsklage. Als erwerbende Verjährung habe sie, wie bemerkt, die Natur der usucapio,

---

1276) Verschiedene Meinungen darüber haben Unterholzner a. a. O. Bd. 1, S. 91—93 und Fritz, in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. III, S. 435 flg.

wie sie von Justinian umgestaltet worden sei. Die praescriptio XXX vel XL annorum als solche sei dagegen unberührt geblieben und müsse also auch in dem neuesten Justinianeischen Rechte fortbestehen und zwar ganz in ihrer ursprünglichen Natur, so daß in den abweichenden Punkten nicht das Recht der usucapio, sondern das für die praescriptio XXX vel XL annorum überhaupt geltende Recht zur Anwendung gebracht werde. Unterholzner bemerkt weiter, wie anstößig es auch scheinen möge, daß die dem 30- und 40jährigen Eigenthumsbesitzer zustehende Verjährung auf ganz verschiedene rechtliche Grundlagen zurückgeführt wird, je nachdem diese Verjährung eine erwerbende oder eine blos schützende ist; so werde man doch die von ihm aufgestellten Grundsätze billigen müssen, wenn man nicht die Schuld eines willkürlichen Verfahrens auf sich laden wolle. Allein mit Recht nehmen Andere und zwar die Meisten an, daß die Erfordernisse der sog. außerordentlichen Ersitzung, insoweit sie nicht, wie die bona fides, speciell vorgeschrieben sind, sich nach den Regeln über die Klagenverjährung richteten. Die Ausführung von Fritz ist besonders gegen die Meinung Unterholzner's gerichtet, daß die Verjährung von 30 und 40 Jahren, insofern sie eine erwerbende Verjährung ist, in der Umgestaltung, welche die usucapio durch die L. un. C. VII. 31. erlitten hat, mit begriffen sei; und darauf kommt es auch allein an. Drei Stellen sind es in dieser Verordnung, welche sich auf die 30- und mehrjährige Verjährung beziehen, die eine in dem ersten Satze, die zweite in dem letzten Satze des prooemium, die dritte im §. 2. Die erste dieser Stellen ist der Vordersatz zu dem Nachsatze: daß es sehr unpassend, sehr unnütz sei, eine (zweijährige) Usucapion bei den Immobilien in Italien zuzulassen und bei denen in den Provinzen auszuschließen. Sie lautet so: Cum nostri animi vigilantia ex iure Quiritium nomen et substantiam sustulerint, et communes exceptiones in omni loco valeant, decem vel viginti vel triginta annorum, vel si quae sunt aliae maioris aevi continentes prolixitatem; ... Diese Worte sollen einleitungsweise darauf aufmerksam machen, wie Justinian bereits zwei Institute des älteren Rechtes aufgehoben habe, welche ebenso veraltet gewesen seien, als der Unterschied zwischen der Ersitzung der praedia Italica und der praedia provincialia; nämlich erstens das nudum ius Quiritium, und zweitens die exceptio annalis Italici contractus. Durch die Erwähnung der ersten dieser beiden Neuerungen wollte der Kaiser vielleicht andeuten, daß die Provinzialgrundstücke durch seine Fürsorge dieselbe Fähigkeit erlangt haben, in einem wahren Privateigenthum zu stehen, wie sie bisher den italischen Grundstücken und den beweglichen Sachen allein zustand und daß hierdurch auch Gleichheit in den Vorschriften über die Ersitzung möglich geworden sei, welche dann durch die gegenwärtige Constitution wirklich realisirt werde. Allerdings kann diese Absicht des Kaisers bestritten werden, vorzüglich deshalb, weil die L. un. C. cit. nicht die Zeit der alten usucapio auf die Provinzialgrundstücke,

sondern umgekehrt die Zeit der alten longi temporis praescriptio auf die praedia in Italico solo statt der alten Usucapionszeit überträgt. Es mag dies nun sein wie es wolle, so will jedenfalls hier Justinian nur die bereits geschehene Aufhebung von etwas Veraltetem in Erinnerung bringen, nicht etwas Neues verordnen. Ganz dasselbe gilt von der zweiten Hälfte des fraglichen Vordersatzes, welche hier eigentlich allein interessirt. Der Kaiser hatte bestimmt, es solle nicht mehr, wie bisher, für Italici contractus eine kürzere als die gewöhnliche Extinctivverjährung unter dem Namen exceptio annalis Italici contractus möglich sein. Die Erwähnung dieser zweiten Neuerung ist sehr natürlich, indem die erste Bestimmung der Const. un. cit. selbst nichts weiter als eine Fortsetzung derselben enthält, nämlich eine weitere Gleichstellung der civilrechtlichen Bestimmungen für Italien und die Provinzen. Diese Erwähnung geschieht aber in der Art, daß der Kaiser sagt, es gelten jetzt in allen Theilen des Reiches dieselben Arten von Extinctivverjährung, und daß er diese aufzählt, wobei natürlich die am häufigsten vorkommende von 30 und mehr Jahren nicht übergangen werden konnte. So spricht denn diese Stelle nicht von etwas, was neu verordnet wird, sondern von einer bereits bestehenden Verordnung; sie spricht ferner nicht von der Ersitzung, sondern von der Extinctivverjährung. Die zweite Stelle der L. un. cit., worin die 30- und mehrjährige Verjährung erwähnt wird, ist im prooemium der letzte Satz, welcher so lautet: Ideo per praesentem legem et in Italici soli rebus, quae immobiles sunt, vel esse intelliguntur, sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus: ut tantummodo et his decem vel viginti vel t r i g i n t a a n n o r u m exceptionum tempora currant, huiusmodi angustiis penitus semotis. Sogleich aus den ersten Worten dieser Stelle ergiebt sich, daß sie für die Grundstücke in Italien etwas verordnet, was bei den Grundstücken in den Provinzen bisher schon galt. Die folgenden Worte zeigen, daß dieses nichts anderes ist, als: die bisherige kurze zweijährige Ersitzung soll aufgehoben sein („huiusmodi angustiis penitus semotis"), und es soll nur in der Zeit eine Ersitzung möglich sein, in welcher solche auch bei den Provinzialgrundstücken stattfinden kann. Diese Zeit wird zum Ueberflusse noch ausdrücklich angegeben. Es wird nämlich gesagt, es solle auch in Italien keine andere Ersitzung von Immobilien gelten, als erstens die von 10 und 20 Jahren und zweitens die 30jährige. Die noch längere übergeht der Kaiser, aber sicher nicht in der Absicht, sie aufzuheben. In dieser Aeußerung liegt gar keine neue Verfügung über die 30jährige Ersitzung, mithin auch keine Verwandelung ihrer bisherigen Natur. Diese Ersitzung bestand schon seit drei Jahren, sowohl für bewegliche als für unbewegliche Sachen, und sowohl für Italien als für die Provinzen. Ihre Voraussetzungen und Wirkungen waren festgestellt. Jetzt sagt die L. un. cit.: sie solle bestehen bleiben, auch bei den praedia in Italico solo, bei welchen eine andere Art der Ersitzung abgeschafft wird. Es ist hier gar kein Grund anzunehmen, daß sie

künftig, überhaupt oder nur bei den praedia in Italico solo, andere Erfordernisse haben solle als bisher. Die dritte Stelle der L. un. cit., worin die Verjährung von 30 und mehr Jahren erwähnt wird, ist der §. 2. Dieser redet von der bona fides und von der accessio possessionis. Die bona fides soll bei der ordentlichen wie bei der außerordentlichen Ersitzung und bei Mobilien wie bei Immobilien, nur im Anfange des Besitzes, nicht als bona fides continua, erforderlich sein; und die accessio possessionis soll in allen diesen Fällen zulässig sein, namentlich alsdann, wenn der Besitz titulo lucrativo erworben worden und bei dem Nachfolger mala fides superveniens eingetreten ist. In dieser Bestimmung liegt nichts Neues für die 30- und mehrjährige Ersitzung. Was die bona fides betrifft, so ist dieselbe Bestimmung schon in der Verordnung, welche die außerordentliche Ersitzung einführt, enthalten. In Bezug auf die accessio possessionis besteht das Neue, was die Stelle über die außerordentliche Ersitzung enthält, höchstens darin, daß hier über die accessio possessionis dasjenige ausdrücklich verordnet wird, was sich bisher schon aus dem Geiste der Gesetzgebung ergab. Die Stelle spricht freilich zweimal von einem titulus und es entsteht die Frage, ob nicht vielleicht der iustus titulus für ein der außerordentlichen Ersitzung mit der ordentlichen gemeinsames Erforderniß erklärt worden sei. Die letzte Erwähnung eines Titels, in den Worten: licet ex titulo lucrativo ea coepta est, enthält offenbar keine solche Vorschrift, indem sie weiter nichts sagt, als: die Existenz einer gewissen Art von titulus, nämlich eines titulus lucrativus, soll nicht bewirken, daß die mala fides superveniens bei dem Nachfolger des ersten Besitzers ausnahmsweise die Ersitzung unterbricht. Die Stelle, in welcher zuerst ein Titel erwähnt wird, scheint corrumpirt zu sein, indem hier keine sprachrichtige Construction möglich ist. Sollte man in diesen Worten mit Unterholzner die Vorschrift finden wollen, daß man sich den Besitz eines Vorgängers nur dann anrechnen könne, wenn er iusto titulo angefangen hat; so wäre damit immer noch nicht gesagt, daß derjenige, welcher den ohne Titel erworbenen Besitz 30 oder 40 Jahre selbst fortgesetzt hat, keine außerordentliche Ersitzung für sich haben soll. Der Satz, daß kein Titel erforderlich ist, wäre dann nur modificirt, keineswegs aufgehoben, und noch weniger enthielte die Stelle (selbst wenn diese Auslegung die richtige wäre) eine Vorschrift über die Erfordernisse der außerordentlichen Ersitzung im allgemeinen. Der von Fritz geführte Beweis, daß keine unter den drei von der 30- und 40jährigen Verjährung redenden Stellen der L. un. cit. die von Unterholzner behauptete Neuerung enthalte, wird auch noch unterstützt durch den §. 3 dieser Constitution, welcher einen Rückblick auf die durch die Constitution gemachten Verfügungen enthält. Dieser Rückblick besteht blos in der Bemerkung: die longi temporis materia werde erweitert und der schnelle Verlust des Eigenthums durch usucapio werde beschränkt. Hätte der Kaiser auch zugleich die Natur der außerordentlichen Ersitzung, auf welche der Ausdruck longi temporis materia be-

kanntlich nicht bezogen werden kann, abgeändert, hätte er über die Erfordernisse dieser Ersitzung ein ganz neues Princip ausgesprochen, so hätte er bei seiner bekannten Ruhmredigkeit gewiß nicht unterlassen, in dem Schlußparagraphen auch diese wichtige Neuerung zu erwähnen.

C. Kirchliches Recht. Die Bestimmung des kanonischen Rechtes, welche für jede ersitzende Verjährung eine gewisse Redlichkeit des Besitzes fordert, ist auf die Lehre von der Eigenthumsersitzung nicht ohne wichtigen Einfluß geblieben. Die 30- und 40jährige Verjährung besteht, wie eben bemerkt wurde, im Justinianeischen Rechte theils als erwerbende Verjährung, wenn die Redlichkeit des Besitzes vorhanden ist, theils als blos schützende Verjährung, wenn es an einer solchen Redlichkeit fehlt. Diese schützende Verjährung fällt nun aber für die Anwendung des römischen Rechtes ganz weg, weil eine ersitzende Verjährung ohne bona fides gar nicht weiter stattfindet.

II. Zusammenstellung der Rechtsgrundsätze. A. Vorbemerkung. Die Zusammenstellung der Rechtsgrundsätze hat sich auf die erwerbende Eigenthumsverjährung zu beschränken, da die blos schützende durch die Grundsätze des kanonischen Rechtes, wie eben bemerkt wurde, gänzlich ausgeschlossen ist. Die Neueren pflegen die Eigenthumsersitzung in die ordentliche und außerordentliche einzutheilen; eine Unterscheidung und Bezeichnung, welche nicht unpassend ist, da diejenigen Verjährungsarten, welche außerordentliche genannt werden, wirklich nur in außerordentlichen Fällen eintreten, wo die Erfordernisse der ordentlichen Verjährung nicht vorhanden sind. Zur ordentlichen Ersitzung rechnet man die dreijährige Verjährung der Mobilien und die 10- und 20jährige Verjährung der Immobilien. Zur außerordentlichen wird die Verjährung von 30 und 40, auch wohl von 100 Jahren gerechnet.

B. Wirksamkeit der Eigenthumsverjährung. Im Justinianeischen Rechte ist der Zweck der Ersitzung, bonitarisches Eigenthum in quiritarisches zu verwandeln, mit Aufhebung des nudum ius Quiritium weggefallen; das Eigenthum ist im Justinianeischen Rechte nur ein einziges und dieses wird durch die Ersitzung erworben. Die Ersitzung kann auch ein gemeinschaftliches Eigenthum begründen und umgekehrt ein gemeinschaftliches Eigenthum in ein ausschließendes verwandeln; es muß nur die erforderliche Beschaffenheit des Besitzes vorhanden sein. Dagegen kann die zwischen den Miterben oder sonst durch gemeinsame Erwerbung entstandene Gemeinschaft durch Verjährung nicht unauflöslich werden. Von der longi temporis praescriptio ist dies außer Zweifel[1277]. Wegen der praescriptio XXX vel XL annorum könnte eher Zweifel sein, weil nach Justinian's ausdrücklicher Bestimmung[1278]) die 30jährige Verjährung auch auf die Theilungsklagen

1277) L. 3. C. VII. 34.
1278) L. 1. §. 1. C. VII. 40.

Anwendung finden soll. Dies kann aber nicht so verstanden sein, als ob derjenige, welcher eine Erbschaft oder eine sonst gemeinsam erworbene Sache besitzt, genöthigt werden sollte, mit den Miterben oder Miteigenthümern in ewiger Gemeinschaft zu bleiben, weil er 30 Jahre lang in der Gemeinschaft ausgehalten hat oder als ob eine Grenzverwirrung verewigt sein sollte, wenn sie bereits 30 Jahre gedauert hat[1279]). Eine solche widernatürliche Feststellung eines ganz unstatthaften Rechtszustandes steht mit den ersten Grundsätzen des Rechtes im Widerspruche. — Die Frage, wer durch Verjährung Eigenthum erwerben könne, ist mit Beziehung auf die früher entwickelten allgemeinen Grundsätze des Verjährungsrechtes zu beantworten. Insbesondre können alle, welche etwa von der Erwerbung des Eigenthums an gewissen Sachen gesetzlich ausgeschlossen sind, solche Sachen nicht durch Verjährung erwerben. Eine andere Untersuchung der Frage, gegen wen die Verjährung für zulässig zu achten sei, fällt bei dieser Verjährungsart mit der Untersuchung über die Gegenstände der Verjährung zusammen. Hinsichtlich der Gegenstände wird der Unterschied zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Ersitzung sehr wichtig. Doch giebt es einige Gegenstände, bei welchen sowohl die ordentliche als die außerordentliche Ersitzung ausgeschlossen ist, worüber oben im allgemeinen Theile das Nöthige bemerkt worden ist. Nur die ordentliche Ersitzung ist ausgeschlossen: 1) bei Sachen, welche zum Vermögen des Staates oder des Regenten gehören; 2) bei dem städtischen Besitzthume; 3) bei den entwendeten Sachen, welches nur bewegliche Sachen sein können; 4) bei Immobilien, in Ansehung deren eine gewaltsame Besitzergreifung stattgefunden hat; 5) bei Sachen, welche sich ein Beamter gegen das Verbot der lex Iulia repetundarum hat schenken lassen; 6) bei Sachen, welche auf widerrechtliche Weise veräußert worden sind, gesetzt auch, daß sie deswegen nicht schon (als entwendete Sachen) der ordentlichen Ersitzung entzogen sind; 7) bei den res litigiosae, welche verbotswidrig veräußert worden sind; 8) bei Dotalsachen; 9) bei dem Besitzthume der Minderjährigen, beweglichem sowohl als unbeweglichem; 10) bei dem Besitzthume der Kirchen, aber nur dem unbeweglichen; 11) bei den Adventitien der Kinder, welche der Vater veräußert hat, selbst wenn die väterliche Gewalt aufgehört hat. Es ist wegen alles dessen auf den allgemeinen Theil zu verweisen. Noch findet sich eine Verschiedenheit darin, daß es Fälle giebt, wo zwar die außerordentliche Ersitzung nicht ausgeschlossen ist, wo aber doch wenigstens die 30jährige nicht genügt. Dies ist der Fall: 1) bei den Sachen, welche zum Vermögen des Staates oder des Regenten gehören[1280]); 2) bei unbeweglichen Sachen der Kirchen und milden

---

1279) Diese ganz unstatthafte Ansicht hat doch seit den Zeiten der Glossatoren wenigstens in Ansehung der actio communi dividundo und familiae herciscundae manche Vertheidiger gefunden. Vgl. Rogerius, de dissensionibus dominorum §. 10. in Haenel, Dissensiones dominorum (Lips. 1834.) p. 78.

1280) L. 14. C. de fundis patrim. (XI. 62. (61.))

Stiftungen. In beiden Fällen bedarf es einer Ersitzung von 40 Jahren; bei der römischen Kirche gar von 100 Jahren, sofern die von dieser sich zugeschriebene Begünstigung der Verjährung von 100 Jahren zur Anwendung kommt.

C. Erfordernisse der Eigenthumsersitzung. 1) Eigenthumsbesitz. Sowie bei jeder ersitzenden Verjährung wird auch bei der erwerbenden Verjährung des Eigenthums Besitz erfordert. Es gilt dies sowohl von der ordentlichen als von der außerordentlichen. Selbst sofern die praescriptio XXX vel XL annorum blos Schutz gegen Eigenthumsansprüche gewähren sollte, setzte sie jedenfalls Besitz voraus. Der Besitz muß aber insbesondre auch Eigenthumsbesitz sein. Wer blos die Detention hat, ohne wirklicher Besitzer zu sein, kann kein Eigenthum durch Verjährung erwerben. Dasselbe gilt von denjenigen, welche den sog. abgeleiteten Besitz haben. Soll unter Miteigenthümern irgend eine Verjährung, namentlich auch eine 30- und 40jährige wirksam werden und die partis vindicatio ausschließen, so muß ein ausschließender Besitz eingetreten sein. Wer die gemeinschaftliche Sache noch so lange inne gehabt hat, der kann seinen Miteigenthümer doch nicht durch Berufung auf Verjährung zurückweisen, wenn er während jener Zeit sich nur als Miteigenthümer geltend gemacht hat. Ist zwar der Wille, ein Eigenthum auszuüben (animus domini) vorhanden, der Besitzer ist sich aber nicht klar bewußt, wie weit das Eigenthum, welches er sich beigelegt, sich erstreckt, so kann kein Eigenthumsbesitz und folglich auch keine Eigenthumsersitzung stattfinden [1281].

2) Dauer des Besitzes. Hinsichtlich der zur Verjährung erforderlichen Besitzdauer ist der auffallendste Unterschied zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Eigenthumsersitzung. Die ordentliche Verjährung ist im neuesten römischen Rechte für bewegliche Sachen eine 3jährige, für unbewegliche eine 10- oder 20jährige, erstere inter praesentes, letztere inter absentes. Dieser Unterschied ist früher bereits erklärt worden. Die außerordentliche Eigenthumsersitzung ist in der Regel eine 30jährige; die 40jährige ist eine bei den Staatsgütern und unbeweglichen Kirchengütern eintretende Ausnahme; eine fernere Ausnahme bildet bei Gütern der römischen Kirche die 100jährige. In Ansehung der Zeitberechnung haben die ordentliche und außerordentliche Eigenthumsersitzung zwar das gemeinsam, daß die Ersitzungszeit ein tempus continuum ist; allein hinsichtlich der Berechnung des Schlußpunktes tritt die Verschiedenheit ein, daß für die ordentliche Ersitzung, weil für sie das Recht der usucapio gilt, die Ersitzung mit Anbruch des letzten Tages als vollendet angesehen wird, während für die außerordentliche Ersitzung in dieser Beziehung nach der richtigen Meinung die Grundsätze von der Klagenverjährung gelten, so daß der Schlußpunkt erst mit gänzlichem Ablaufe des letzten Tages des erforderlichen Zeit-

1281) L. 26. D. 41. 2. Vgl. L. 32. §. 2. D. 41. 3.

raumes eintritt. Wer freilich mit Unterholzner annimmt, daß auch die außerordentliche Ersitzung in der Umgestaltung der usucapio durch L. un. C. VII. 31. mitbegriffen sei und hiernach das Recht der usucapio bei ihr gelte, muß consequenter Weise das Recht der usucapio auch bei Berechnung des Schlußpunktes hier zur Anwendung bringen.

3) Redlichkeit des Besitzes. Die bona fides ist ein allgemeines Erforderniß der Eigenthumsersitzung, nicht blos nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes, welches hauptsächlich nur dadurch wichtig geworden ist, daß es die Fortdauer der bona fides während der ganzen Dauer der Verjährungszeit verlangt. Es ist deshalb auf das im allgemeinen Theile Bemerkte zu verweisen. Die praescriptio XXX vel XL annorum ist allerdings an sich von der Redlichkeit des Besitzes ganz unabhängig; noch im Justinianeischen Rechte steht sie zum Schutze gegen Eigenthumsansprüche auch dem unredlichen Besitzer zur Seite, während sie, insofern sie die Wirkung einer erwerbenden Verjährung haben soll, allerdings bona fides voraussetzt. Als blos schützende Verjährung ist sie indessen infolge der entgegenstehenden Grundsätze des kanonischen Rechtes heutzutage unanwendbar. Bei der außerordentlichen Eigenthumsersitzung kann es zweifelhaft sein, ob es dem römischen Rechte entspreche, wenn man es hier an der bona fides ohne wirklichen Titel genügen läßt; aus den Bestimmungen des kanonischen Rechtes läßt es sich nach dem früher Bemerkten rechtfertigen. Im römischen Rechte kommen zwei Ausnahmen vor, wo auch dem unredlichen Besitzer, welchem die praescriptio XXX vel XL annorum zur Seite steht, das Recht einer dinglichen Klage zugestanden ist, nämlich: a) wenn ihm der Besitz gewaltsamer Weise entrissen worden ist[1282]; b) wenn die Sache durch ein gegen den Abwesenden gefälltes Urtheil in die Hände des Gegners gekommen ist; in diesem Falle kann der wegen Abwesenheit verurtheilte 30jährige Besitzer innerhalb eines Jahres gegen Cautionsbestellung den Proceß wieder aufnehmen; dadurch tritt er in die Lage eines Besitzers zurück und kann also von seiner praescriptio XXX vel XL annorum Gebrauch machen[1283]. Nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes müssen aber beide Ausnahmen in Wegfall kommen, weil ohne bona fides selbst eine blos schützende Verjährung gegen Eigenthumsansprüche unmöglich ist.

4) Ungestörtheit des Verjährungslaufes. Die Eigenthumsersitzung wird a) als eine auf dem Besitze beruhende Verjährung hauptsächlich durch die Unterbrechung des Besitzes gestört, doch so, daß im Falle einer Besitzveräußerung eine Zusammenrechnung des Besitzes (accessio possessionis) eintritt. In der Constitution über die Umgestaltung der Usucapion bestimmt dies Justinian ausdrücklich[1284], und es gilt dies nach dieser Constitution sowohl von der ordentlichen

1282) L. 8. §. 2. C. VII. 39.
1283) L. 8. §. 3. C. VII. 39.
1284) L. un. §. 2. C. VII. 31.

als von der außerordentlichen Ersitzung. Die bei der Zusammenrechnung des Besitzes zu berücksichtigenden Grundsätze sind die oben aufgestellten allgemeinen. b) Da die ordentliche Eigenthumsersitzung im neuesten Rechte den Charakter der usucapio hat, so folgt aus dem früher darüber Bemerkten, daß dieselbe durch die gerichtliche Verfolgung der Eigenthumsansprüche keineswegs gestört wird. Dasselbe nimmt Unterholzner bei der außerordentlichen Ersitzung an, weil er auch ihr den Charakter der usucapio beilegt; da sie aber nach der richtigen, hier angenommenen Meinung diesen Charakter nicht hat, sondern vielmehr nach den Grundsätzen von der Klagenverjährung beurtheilt werden muß, so folgt daraus, daß sie ebenso wie diese durch gerichtliche Verfolgung des Eigenthumsanspruches unterbrochen wird, wobei die oben berührte und beantwortete Frage wichtig wird, ob dazu die Litiscontestation erforderlich sei oder die Mittheilung der Klage genüge. c) Durch Einlegung einer förmlichen Protestation wird auch die Eigenthumsersitzung unterbrochen[1285]. d) Dagegen kann durch kaiserliche Fristerstreckung schon nach dem neuesten römischen Rechte die Eigenthumsersitzung nicht unterbrochen werden[1286]. e) Von dem Einflusse der Unmündigkeit und Minderjährigkeit auf die Verjährung ist bereits früher ausführlich gehandelt worden, weshalb man darauf Bezug nimmt.

Zweite Abtheilung. Von der Klagenverjährung[1287].

I. Geschichtliche Einleitung. Das Institut der Klagenverjährung war lange Zeit dem römischen Rechte ganz fremd. Erst die Prätoren, seitdem sie in dem Edict häufig ganz neue Klagen einführten, knüpften viele derselben an die Bedingung, daß sie innerhalb eines Jahres erhoben werden müßten (intra annum iudicium dabo); es lagen also darin einzelne Ausnahmen von der ewigen Dauer aller Klagrechte. Man nahm solche Ausnahmen dann auch bei einzelnen Civilklagen an. Eine etwas allgemeinere Gestalt erhielt dieses Institut zuerst in der longi temporis praescriptio. Gegen die actiones in rem speciales sollte eine Verjährung von 10, bisweilen 20 Jahren gelten, wenn der Besitzer die Hauptbedingungen der Usucapion, besonders Titel und bona fides, nachweisen konnte, ohne doch usucapirt zu haben; denn die Usucapion machte freilich jede Exception überflüssig. Das erste Verjährungsgesetz von durchgreifender Allgemeinheit erließ Theodosius II. Es steht, mit einiger Verschiedenheit, im Theodosischen und im Justinianeischen Codex[1288]. Wir haben über den Inhalt und den Umfang dieser Con-

1285) L. 2. C. VII. 40.

1286) L. 2. C. I. 20.

1287) Unter den neueren Schriftstellern, welche die ganze Lehre ausführlich behandelt haben, sind besonders zu nennen: Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 2, §. 256—283. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 5, §. 237—255.

1288) L. un. Th. C. IV. 14. L. 3. C. VII. 39.

stitution, über die Verordnung von Anastasius, wodurch für alle Klagen, welche bisher noch keine Verjährung hatten, eine 40jährige Verjährung vorgeschrieben wurde[1289]) und über die eigene Verordnung Justinian's[1290]) bereits in der geschichtlichen Uebersicht in der ersten Abtheilung des allgemeinen Theiles berichtet und beziehen uns darauf.

II. Zusammenstellung der Rechtsgrundsätze. A. Bedingungen der Klagenverjährung. AA. Actio nata[1291]). Die erste Bedingung möglicher Klagenverjährung fällt zusammen mit der Bestimmung des Anfangspunktes derselben. So lange kein Klagrecht vorhanden ist, kann dasselbe nicht versäumt, also auch nicht durch Versäumniß verloren werden. Es muß daher actio nata sein, wenn eine Verjährung anfangen soll[1292]). Die Neueren drücken dies durch den Satz aus: actioni nondum natae non praescribitur. So einverstanden darüber Alle sind, so herrscht doch über die Anwendung dieses Satzes auf einzelne Fälle noch unter den neueren Juristen die größte Meinungsverschiedenheit und namentlich ist dies der Fall in Betreff der Frage, von welchem Zeitpunkte an die condictio mutui zu verjähren anfange? Wird hier zunächst ein unverzinsliches, ohne alle Nebenverabredung über die Zeit der Rückgabe abgeschlossenes Darlehen vorausgesetzt, so fängt nach der Behauptung Vieler die Klage sogleich im Augenblicke des geschlossenen Vertrages zu verjähren an, während die meisten Neueren die Verjährung erst dann beginnen lassen wollen, wenn der Gläubiger das Darlehen aufgekündigt habe. Es sind nun zuvörderst, abgesehen von dieser speciellen Frage, die allgemeinen Grundsätze hervorzuheben, worüber Meinungsverschiedenheit herrscht. Savigny geht von Folgendem aus. Jedes Klagrecht habe zwei Bedingungen; erstens ein wirkliches, gegenwärtiges, verfolgbares Recht; wo es an diesem fehle, sei keine Verjährung möglich; deshalb könne bei einer bedingten oder auf einen Zeitpunkt ausgesetzten Obligation die Verjährung erst mit Erfüllung der Bedingung oder mit Eintritt des Zeitpunktes beginnen. Dieser Satz ist unbestritten, indem er sich auf bestimmte gesetzliche Vorschrift stützt[1293]) und schon aus allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt ist. Eine zweite Bedingung des Klagrechtes sei eine Rechtsverletzung,

---

1289) L. 4. C. VII. 39.

1290) L. 1. §. 1. C. VII. 40.

1291) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, §. 183, 260, 264—266. Thon, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. VIII, S. 1 flg., 448. Savigny a. a. O. S. 280—312. Vangerow, von welchem Zeitpunkte beginnt die Verjährung der Darlehensklage? im Archiv f. civil. Praxis Bd. XXXIII, S. 293 flg. Lenz, Studien und Kritiken (Greifswald 1847) Nr. 4.

1292) L. 1. §. 1. C. VII. 40.: .... sed ex quo ab initio competit et semel nata est ... L. 3. C. VII. 39.: actiones XXX annorum iugi silentio, ex quo iure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. L. 30. C. V. 12.: ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possunt actiones movere.

1293) L. 7. §. 4. C. VII. 39.

eine Störung, welche den Berechtigten zur Klage veranlasse und ohne welche das Recht nicht die besondere Gestalt einer Klage annehmen könne. Beide Bedingungen müßten zusammentreffen, wenn von einer actio nata und folgeweise von einer Klagenverjährung die Rede sein solle. In der Anwendung seien dingliche und persönliche Klagen zu unterscheiden. Bei dinglichen Klagen, namentlich bei der Vindication und den ihr gleichartigen Klagen fange die Verjährung, was auch unbestritten ist, mit dem Besitze an, welchen ein Anderer ohne den Willen des Berechtigten erworben hat. Bei persönlichen Klagen müsse die Verjährung dann anfangen, wenn die Erfüllung der Obligation unterbleibe ohne den Willen des Berechtigten, d. h. gegen die durch die Natur des Rechtsverhältnisses begründete Erwartung. Bei den meisten Obligationen aus Verträgen sei nun die Erwartung augenblicklicher Leistung durch die Natur der Rechtsverhältnisse wohl begründet und deshalb müsse, der Regel nach, die Verjährung sogleich nach dem Abschlusse des Vertrages anfangen. Es gebe aber auch Fälle, worin das Rechtsverhältniß zunächst auf einen dauernden Zustand führe, dessen Ende jedoch in der Willkür des Gläubigers stehe, wie namentlich bei dem Darlehen, dann aber auch bei dem Depositum, Commodatum und Precarium. Hier habe der Gläubiger nach der Natur des Rechtsverhältnisses zunächst die Rückgabe durchaus nicht zu erwarten, da mit seinem ausgesprochenen Willen der Empfänger das geliehene Geld (die Sache) auf unbestimmte Weise habe und genieße. Fehle es aber an dieser natürlichen Erwartung, so gebe es auch noch keine Klage zu deren Unterstützung und es sei also der Anfang einer Klagenverjährung unmöglich. Jede Klagenverjährung setze der Natur der Sache nach eine Nachlässigkeit, eine Versäumniß von Seiten des Gläubigers voraus. Von einer solchen Nachlässigkeit könne aber unmöglich die Rede sein, wenn zur Klaganstellung gar keine Veranlassung dagewesen sei, also namentlich nicht, so lange nach dem wesentlichen Inhalte des Vertrages die Erfüllung der Obligation mit dem Willen des Gläubigers unterbleibe, wie dies entschieden bei dem Darlehensvertrage der Fall sei. Vangerow[1294]) hält den Satz, von welchem Savigny ausgeht, daß jede Klage eine Rechtsverletzung voraussetze, für eine unbewiesene und unerweisliche petitio principii, und wir müssen ihm darin sowie in der von ihm gegebenen Ausführung beipflichten. Allerdings ist es nicht zu verkennen, daß im praktischen Leben eine Klage nicht leicht eher angestellt wird, als bis eine wirkliche Rechtsstörung vorausgegangen ist, indem man aus leicht begreiflichen Gründen in der wirklichen Klagerhebung ein äußerstes Zwangsmittel nach Erschöpfung aller friedlichen außergerichtlichen Mittel, zu seinem Rechte zu gelangen, erblickt, und es ist deshalb leicht die Ansicht möglich, das Wesen der Klage bestehe darin, daß sie ein Mittel sei, die durch eine Rechtsverletzung gestörte Rechtsordnung wiederherzustellen.

1294) Vangerow a. a. O. S. 295 flg.

Freilich ist eine Rechtsverletzung die gewöhnliche und regelmäßige Veranlassung zur Anstellung einer Klage; sie ist aber keineswegs die nothwendige Voraussetzung derselben und kann daher auch nicht zu ihrer Begründung gehören. Das juristische Wesen der Klage besteht vielmehr einfach darin, daß es eine gerichtliche Forderung ist und dieselbe ist vollständig dann begründet, sobald das Recht, zu fordern, zur vollständigen Existenz gekommen ist, oder mit anderen Worten: zur Begründung der Klage gehört lediglich das Dasein einer Verbindlichkeit, ein Verpflichtetsein, nicht aber auch eine schon vorgekommene Verletzung dieser Pflicht. Allerdings kann es vorkommen, daß dieses Recht, zu fordern, oder dieses Verpflichtetsein durch eine Rechtsverletzung begründet wird, wie dies namentlich bei Obligationen aus Delicten und gewissermaßen bei dinglichen Klagen der Fall ist, und in solchen Fällen wird freilich eine Rechtsverletzung auch zur Begründung der Klage erfordert. Dies ist ganz verschieden von der Behauptung Savigny's, wornach bei einer jeden Klage eine Rechtsstörung vorausgesetzt werde, und zwar eine Rechtsstörung, welche gerade dem schon vollständig begründeten Forderungsrechte des Gläubigers entgegentrete. Von dem Erfordernisse einer solchen Rechtsverletzung, wie sie Savigny für nöthig erachtet, enthalten die Gesetze nirgends eine Andeutung. Die Klage ist nach den Gesetzen nichts weiter, als das „ius persequendi iudicio, quod sibi debetur"[1295]), d. h. die gerichtliche Einforderung einer Schuld. Die Begriffe: Gläubiger sein (d. h. eine Forderung haben) und: eine Klage haben, werden als völlig identisch angesehen[1296]), womit in vollständiger Uebereinstimmung steht, daß überall zur Begründung der Klage nichts weiter vorausgesetzt wird, als die Entstehung der klagbaren obligatio, namentlich also bei Schuldverhältnissen aus Verträgen der Abschluß des Vertrages[1297]), wie z. B. bei der Stipulation[1298]), dem constitutum[1299]), dem mandatum[1300]) u. s. w. Von einem weiteren Erfordernisse, von einer dieser obligatio entgegentretenden Rechtsverletzung ist dort nirgends die Rede. Savigny sucht seine Ansicht von der Nothwendigkeit einer Rechtsverletzung mit den widerstrebenden Aussprüchen der Quellen auf folgende Weise zu vereinigen. In der Natur der meisten Schuldverhältnisse, welchen keine besonderen Nebenbestimmungen über die Art der Erfüllung beigefügt sind, sei es begründet, daß der Gläubiger die alsbaldige Erfüllung zu erwarten berechtigt sei, und wenn nun diese rechtlich begründete Erwartung getäuscht werde, so sei hier offenbar eine

---

1295) Pr. Inst. IV. 6. L. 57. D. 44. 7.

1296) L. 42. §. 1. D. 44. 7. Vgl. auch L. 10—12. D. 50. 17.

1297) Daher auch der häufig vorkommende Ausdruck: actio nascitur ex contractu. Vgl. z. B. pr. Inst. III. 14. §. 17. Inst. IV. 6. L. 6. D. 2. 14. L. 5. D. 44. 7.

1298) §. 2. Inst. III. 16.

1299) L. 21. §. 1. D. 13. 5.

1300) L. 18. D. 46. 1.

Rechtsverletzung vorhanden, indem hier nicht mehr ein bloßes Verpflichtetsein, sondern die Nichterfüllung einer obliegenden Pflicht vorliege. Beides, Begründung der Verbindlichkeit und Verletzung derselben, falle hiernach bei den meisten Verträgen in einen und denselben Zeitpunkt zusammen, und daraus erkläre es sich, daß der Regel nach bei Schuldverhältnissen aus Verträgen die Klage sogleich mit dem Abschlusse des Vertrages actio nata sei und daher auch zu verjähren anfange. Da dies aber nur deshalb der Fall sei, weil hier sogleich eine Rechtsverletzung vorliege, so könne daraus nichts für solche Verträge gefolgert werden, in deren Natur es liege, daß der Schuldner nicht sogleich erfülle, wie namentlich bei dem Darlehen; denn hierbei fielen Begründung der Verbindlichkeit und Verletzung derselben in ganz verschiedene Zeitpunkte, und deshalb könne auch die Klage hierbei nicht schon im Augenblicke des abgeschlossenen Vertrages als actio nata angesehen werden. Bei dieser Argumentation geht Savigny offenbar von dem Gedanken aus, daß in der Regel sogleich mit der Begründung eines Schuldverhältnisses auch die Verpflichtung zur sofortigen Zahlung verbunden sei. Allein es ist vielmehr, wie Vangerow mit Recht bemerkt, Grundsatz des römischen Rechtes, daß überall dann, wenn keine besonderen Nebenbestimmungen über die Art der Zahlung vorliegen, die Wirkung der obligatio nicht die ist, daß der Schuldner sofort zu zahlen verpflichtet wird, sondern vielmehr die davon sehr verschiedene, daß der Gläubiger sofort zu fordern berechtigt wird, d. h. wenn keine besonderen Gründe für das Gegentheil vorliegen, so braucht der Schuldner niemals unaufgefordert Zahlung zu leisten, sondern seine Verbindlichkeit besteht blos darin, dann zu zahlen, wenn der Gläubiger die Zahlung verlangt. Es ist nicht besonders nöthig nachzuweisen, wie verständig und zweckmäßig dieser Grundsatz sei. Derselbe ist aber auch im römischen Rechte vollständig begründet. 1) Zunächst gehört hierher eine Stelle von Marcian[1301]), wo ausgesprochen wird, daß im Falle einer libertas fideicommissaria nur deshalb, weil die Freiheit eine res publica und nicht eine res privata ist, der Schuldner unaufgefordert leisten muß. Damit ist ganz bestimmt der Grundsatz anerkannt, daß der Schuldner der Regel nach nicht zu einem „ultro offerre“ verpflichtet ist. Freilich steht hier dem Wortlaute nach eine Verordnung Justinian's entgegen[1302]). In dieser wird bestimmt, daß, wenn der Emphyteuta drei Jahre lang mit dem Kanon im Rückstande sei, der Eigenthümer ohne weiteres ihn aus der Emphyteuse zu entsetzen befugt sein solle, und dabei solle auch der Einwand, daß keine Mahnung erfolgt sei, nicht berücksichtigt werden. Als Motiv dieser letzten Vorschrift wird hinzugefügt: quum neminem oportet conventionem vel admonitionem expectare, sed ultro sese offerre et debitum spontanea vo-

---

1301) L. 53. pr. D. 40. 5.
1302) L. 2. C. IV. 66.

luntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis generaliter cautum est. Es wird hier also scheinbar allgemein ausgesprochen, daß jeder Schuldner unaufgefordert zahlen müsse. Dieser Ausspruch muß aber auf solche Schuldverhältnisse beschränkt werden, bei welchen ein bestimmter Zahlungstag anberaumt ist. Denn nicht nur der ganze Zusammenhang, in welchem jene Worte vorkommen, weist auf jene Beschränkung hin, indem hier nur von einer betagten Forderung die Rede ist, sondern es wird diese Beschränkung auch durch die Schlußworte bewiesen, in welchen sich der Kaiser auf eine andere kürzlich erlassene Verordnung beruft, worin er diesen Grundsatz schon festgestellt habe. Es ist dies nämlich die einige Monate vorher publicirte L. 12. C. de contrah. et committ. stipul. (VIII. 37. (38.)), wo der Kaiser die alte Streitfrage entscheidet, ob dann, wenn einem unter einem dies certus abgeschlossenen Vertrage eine Conventionalstrafe beigefügt ist, die Strafe unmittelbar mit dem Ablaufe des Tages verfalle oder ob dazu noch erst eine Mahnung erforderlich sei? Er verordnet: sciat, minime se posse ad evitandam poenam adiicere, quod nullus eum admonuit; sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, quum ea, quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab alio sibi manifestari poscere queat. Auf diese Verordnung, deren ausschließliche Beziehung auf betagte Forderungen ganz unzweifelhaft ist, verweist der Kaiser in der L. 2. C. IV. 66. und daraus ergiebt sich von selbst, daß auch diese L. 2. keinen allgemeinen Grundsatz für alle Schuldverhältnisse aufstellen will, sondern daß auch hier lediglich solche Forderungen vorausgesetzt werden, bei welchen ein bestimmter Zahlungstag festgesetzt ist. 2) In voller Uebereinstimmung hiermit stehen die gesetzlichen Aussprüche, in welchen die Wirkung eines ohne besondere Nebenbestimmungen abgeschlossenen Vertrages einfach dahin angegeben wird, daß der Gläubiger sogleich fordern könne[1303]). Daß der Schuldner zu sofortiger Zahlung verpflichtet sei, wird nirgends gesagt; denn der Ausdruck: praesenti die debetur[1304]), ist nur ein anderer Ausdruck für den Gedanken, daß der Gläubiger hier alsbald fordern könne. 3) Die richtige Ansicht geht auch sehr bestimmt aus der Entscheidung Ulpian's[1305]) hervor, wornach eine Stipulation, welcher die Nebenbestimmung: quum petiero, hinzugefügt ist, dadurch nicht zu einer bedingten werden soll. Jener Zusatz enhält also nur eine sog. iuris conditio, wodurch nur etwas ausdrücklich ausgesprochen wird, was sich auch schon ohnehin nach der Natur der Stipulation von selbst versteht. Daraus folgt aber unmittelbar, daß die Wirkung der Stipulation unmöglich die sein kann, daß der Schuldner unaufgefordert zur Zahlung verpflichtet sei, indem sonst nothwendig der Zusatz quum petiero eine

---

1303) §. 2. Inst. III. 16. L. 213. D. 50. 16.
1304) L. 41. §. 1. D. 45. 1. L. 14. D. 50. 17.
1305) L. 48. D. 45. 1.

wahre Bedingung involviren müßte. Dazu kommt, daß Ulpian sagt, jener Zusatz enthalte in keinem Falle eine Bedingung, sondern höchstens nur: admonitionem quandam, quo celerius reddantur, also gewissermaßen eine Einschärfung, eine Steigerung des dem Gläubiger zustehenden Rechtes; stände aber ohne solchen Zusatz dem Gläubiger die rechtlich begründete Erwartung zu, daß ihm sofort und unaufgefordert die Zahlung geleistet werde, so würde jener Zusatz offenbar eine nicht unbedeutende Abschwächung seines Rechtes zur nothwendigen Folge haben. 4) Endlich enthält die Lehre von der Begründung der mora solvendi eine unmittelbare Bestätigung der von Vangerow aufgestellten Ansicht. Das Princip derselben ist von Pomponius[1306]) scharf ausgesprochen: animadverti debebit — — — si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere. Wäre es nun wirklich Grundsatz des römischen Rechtes, daß sogleich mit der Entstehung der obligatio eine sofortige Zahlungspflicht des Schuldners begründet wäre, so läge ja schon in dem Abschlusse der obligatio eine solche iusta causa, wie sie hier der Jurist verlangt. Aber dieses ist bekanntlich nicht der Fall, sondern es bedarf dazu der Regel nach immer erst einer Aufforderung des Gläubigers zur Zahlung[1307]), eben weil ohnedies eine Verpflichtung des Schuldners zu wirklicher Leistung nicht vorhanden ist, und nur in solchen Fällen, in welchen ausnahmsweise der Schuldner „ultro offerre debet", wie es nach einer freilich sehr bestrittenen Ansicht bei allen betagten Forderungen, nach einer anderen blos bei gewissen betagten Forderungen sowie bei einer libertas fideicommissaria der Fall ist, tritt eine mora auch ohne Interpellation ein. Aus diesen Gründen muß es als entschiedener Grundsatz des römischen Rechtes anerkannt werden, daß aus einer ohne besondere Nebenbestimmungen abgeschlossenen obligatio der Schuldner nicht verpflichtet ist, sofortige unaufgeforderte Zahlung zu leisten, und folglich der Gläubiger auch nicht berechtigt ist, die sofortige Zahlung zu erwarten. Damit fällt die Grundlage der oben angedeuteten Argumentation Savigny's zusammen. Ist der Gläubiger nicht zu einer solchen Erwartung berechtigt, so kann auch juristisch nicht von einer Täuschung dieser Erwartung und von einer dadurch begründeten Rechtsverletzung die Rede sein. Der Schuldner ist vielmehr in seinem vollen Rechte, mit der Zahlung zu warten, bis er von dem Gläubiger aufgefordert wird und das Nichtzahlen vor dieser Zeit kann weder subjectiv, noch objectiv als eine Rechtsverletzung oder Rechtsstörung aufgefaßt werden. Da nun aber dennoch, wie auch Savigny selbst anerkennt, der Regel nach die Klage sogleich mit dem Abschlusse der obligatio vollkommen begründet oder actio nata

---

1306) L. 5. D. 12. 1.

1307) L. 24. §. 2. L. 32. pr. §. 1. D. 22. 1. L. 1. 2. D. 22. 2. L. 36. §. 3. D. 30. L. 24. D. 36. 2. L. 23. D. 44. 7. L. 23. 24. L. 49. §. 3. D. 45. 1.

ist; so ist damit von selbst bewiesen, daß zur Begründung einer Klage eine Rechtsverletzung nicht erforderlich ist, sondern daß dazu vollkommen das Verpflichtetsein genügt, ohne daß noch eine Verletzung dieser Pflicht hinzutreten müßte. Ist aber hiernach der Umstand, daß der Schuldner pure verpflichtet ist oder, was dasselbe ist, daß der Gläubiger zu fordern berechtigt ist, als das ausreichende Fundament für die Entstehung einer Klage anzunehmen, so muß nothwendig auch eine Darlehensklage schon im Momente des abgeschlossenen Vertrages als begründet oder als actio nata angesehen werden und die beiden Fälle, welche Savigny so verschieden beurtheilen will — wenn Jemand mir 100 aus einer Stipulation oder wenn er mir 100 aus einem Darlehen schuldet — stehen sich in dieser Beziehung juristisch ganz gleich. In beiden Fällen in ganz gleicher Weise kann der Gläubiger sofort die 100 fordern (dies statim cedit et venit) und in beiden in ganz gleicher Weise hat der Schuldner nicht nöthig, eher zu leisten, als bis der Gläubiger gefordert hat. Der Umstand, daß im ersten Falle, bei der Schuld aus einer Stipulation, der Gläubiger vielleicht die sofortige Zahlung erwartet, während er im zweiten Falle, bei dem Darlehen, wahrscheinlich beabsichtigt, das Geld eine Zeit lang bei dem Schuldner stehen zu lassen, begründet nur eine rein factische Verschiedenheit, welche zur Folge haben kann, daß der Gläubiger sich im ersten Falle früher zur Geltendmachung seiner Forderung veranlaßt sieht, als im zweiten, welche aber für die juristische Beurtheilung der Frage, wenn actio nata vorhanden sei, völlig unerheblich ist. So lange der Gläubiger nicht fordert, ist in beiden Fällen in ganz gleicher Weise anzunehmen, daß die Erfüllung der Obligation mit dem Willen des Gläubigers unterbleibt, und es kann also in keinem der beiden Fälle von einer Rechtsverletzung oder einer Rechtsstörung die Rede sein; da aber dennoch bei der Stipulation anerkannter Weise schon sofort mit dem Abschlusse des Vertrages und nicht erst mit der Aufforderung des Gläubigers zur Zahlung actio nata ist und schon gleich von diesem Momente zu verjähren anfängt, so durfte dieses auch bei der völligen juristischen Gleichheit beider Fälle auch für die Darlehensklage nicht bezweifelt werden. — Der zweite von Savigny für seine Ansicht geltend gemachte Hauptgrund besteht darin, daß jede Klagenverjährung nothwendig eine Nachlässigkeit des Gläubigers voraussetze, von einer solchen aber bei einem Darlehensgläubiger vor der Zeit der Aufkündigung keine Rede sein könne, weil ja bis dahin der Schuldner die hingegebene Quantität mit dem Willen des Gläubigers behalte und also gar keine Veranlassung zur Klage vorhanden sei. Auch dieser Beweisführung kann man mit Vangerow nicht beitreten. Eine Verschuldung des Gläubigers ist allerdings nicht vorhanden; aber von einer solchen kann man doch im Ernste auch ebensowenig bei dem Gläubiger sprechen, welcher z. B. eine Schuld aus einer Stipulation nicht sofort eintreibt. Wird aber die Versäumniß objectiv als Nichtausübung eines vollständig zuständigen Rechtes aufgefaßt, so ist diese offenbar bei

einer Darlehensschuld nicht weniger wie bei einer Schuld aus einer Stipulation sofort nach Abschluß des Vertrages begründet. Ueberhaupt hat aber die Versäumniß des Gläubigers in der Verjährungslehre nicht die Bedeutung, daß eine solche gleich von Anfang an vorhanden sein müsse, daß sie also die nothwendige Voraussetzung für den Anfang der Verjährung sei, sondern nur die, daß in der Nichterhebung einer zustehenden Klage während langer Zeit sich eine solche Gleichgiltigkeit des Berechtigten zeige, daß das Gesetz nach Ablauf dieser Zeit ihm ohne alle Härte sein Recht absprechen dürfe; dieser Gesichtspunkt paßt nicht weniger für den Darlehensgläubiger, als für den Stipulationsgläubiger. Denn wenn auch den Darlehensgläubiger während der nächsten Wochen oder Monate nach Hingabe des Darlehens kein Vorwurf deshalb treffen kann, daß er die Darlehnsschuld nicht eintreibt, so läßt sich doch ohne Zweifel nicht dasselbe sagen, wenn er volle 30 Jahre lang sich um diese Forderung nicht bekümmert. Wollte man der gegentheiligen Ansicht gemäß die Verjährung erst vom Zeitpunkte der Aufkündigung an beginnen lassen, so käme es zu dem sonderbaren Resultate, daß, wenn einmal gar keine Aufkündigung erfolgt ist oder, was juristisch ganz gleichbedeutend sein würde, wenn der Schuldner die geschehene Aufkündigung nicht beweisen könnte[1308]), die Darlehensklage noch nach 100 oder 200 Jahren gegen die Erben oder Erbeserben des ursprünglichen Schuldners angestellt werden könnte, ohne daß die Einrede der Verjährung gegen eine solche Klage statthaft wäre. — Aus allem diesem geht hervor, daß sich aus inneren Gründen schwerlich eine besondere Behandlung der Darlehensklage hinsichtlich der Nativität und der Extinctivverjährung erweisen läßt, sondern daß man bei dem Darlehen ebenso wie bei anderen Verträgen von der Regel ausgehen muß, daß sogleich mit der Begründung der Obligation, also mit dem Abschlusse des Vertrages, die Klage actio nata ist und also auch von diesem Zeitpunkte an die Extinctivverjährung beginnt. Dieses Resultat wird aber auch noch durch specielle Quellenzeugnisse unterstützt. Es kann nicht bezweifelt werden und wird auch von Savigny angenommen[1309]), daß das Depositum rücksichtlich dieser Frage ganz unter denselben Grundsätzen steht, wie das Darlehen; denn auch bei dem Depositum liegt es in der Natur des Vertrages, daß der Depositar nicht sofort die deponirte Sache zurückgiebt, sondern daß dieselbe so lange bei ihm bleibt, bis der Deponent sie

---

1308) Vangerow a. a. O. S. 305, N. 27 bemerkt mit Recht, daß offenbar infolge jener Theorie der Schuldner, welcher der Darlehensklage die Einrede der Verjährung entgegensetzen will, den Anfangspunkt derselben, also daß und wenn das Darlehen vom Gläubiger zurückgefordert sei, zu erweisen habe, und daß die Meinung von Puchta, Vorles. Bd. 1, S. 188, nach welcher dem Gläubiger die Beweislast obliegen soll, weil zu vermuthen sei, daß die Verjährung sofort anfange, mit dessen Grundsätzen über die Verjährung der Darlehensklage in innerem Widerspruche stehe.

1309) Savigny a. a. O. S. 298.

zurückfordert. Ist nun dennoch bei diesem Depositum aus den Gesetzen erweislich, daß die Klage sofort mit dem Abschlusse des Vertrages begründet ist und mithin auch zu verjähren anfängt, so ist dies gewiß auch für das Darlehen als maßgebend anzusehen. Dieser Beweis liegt aber in dem sehr bestimmten Ausspruche Ulpian's[1310]): Est autem et apud Iulianum ... scriptum, eum, qui rem deposuit, statim posse depositi agere. Freilich hält Savigny[1311]) diese Stelle, wenn man nur die folgenden Worte noch hinzufügt: hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat, vielmehr für als gegen diese Ansicht sprechend, indem ja darin die Nativität der actio depositi von dem vorgängigen reposcere abhängig gemacht sei und das „statim" im Anfange der Stelle also offenbar nur die Bedeutung haben könne, daß sogleich nach geschehener Rückforderung — also nicht erst dann, wenn noch ein anderweiter Dolus des Depositars hinzugekommen sei — die Klage erhoben werden könne. Savigny begründet diese Auslegung wörtlich so: „Man pflegte die Regel aufzustellen, die actio depositi werde nur durch den dolus des Empfängers begründet. Dieser Ausdruck konnte zu dem Mißverständnisse führen, als müsse der Geber warten, bis der Empfänger die Sache verbraucht oder veräußert habe. Dagegen wird hier von Julian und Ulpian gewarnt, mit der Bemerkung, daß auch die bloße Verweigerung ein solcher Dolus sei, der die Klage erzeuge. Hier ist sogar ausdrücklich die erfolglose Rückforderung als Entstehung der Klage bezeichnet, nicht das ursprüngliche Hingeben der Sache." Diese Auslegung findet aber Vangerow mit Recht unrichtig. Zunächst hat wohl kein römischer Jurist jemals behauptet, die actio depositi werde nur durch den Dolus des Empfängers begründet, sondern die Regel des römischen Rechtes: dolum duntaxat in hanc actionem venire[1312]), hat nur den Sinn, daß eine Verurtheilung des Depositars nur wegen Dolus desselben stattfinden kann. So beginnt auch Ulpian seine speciellen Erörterungen über diesen nothwendigen Dolus mit dem Satze[1313]): Non tantum praeteritus dolus in deposili actione venit, sed etiam futurus, id est post litem contestatam, d. h. es ist nicht nöthig, daß der Dolus der Klagerhebung vorausgegangen sei, sondern es genügt auch ein im Laufe des Processes vorkommender Dolus. Die Anwendungen dieses Satzes werden in den nächstfolgenden Paragraphen dargestellt. So zunächst in §. 21: wenn zur Zeit der Klagerhebung die deponirte Sache ohne Schuld des Depositars aus dessen Besitze gekommen war oder

---

1310) L. 1. §. 22. D. 16. 3.

1311) Savigny a. a. O. S. 299.

1312) L. 1. §. 47. D. 16. 3. L. 5. §. 2. D. 13. 6. L. 23. D. 50. 17. Vgl. auch Gai. Inst. Comm. IV. §. 47., wo die formula in factum concepta für die actio depositi angegeben wird. Auf den Ausdruck dieser formula deutet hin Ulpian in L. 1. §. 16. D. 16. 3.

1313) L. 1. §. 20. D. 16. 3.

wenn er zufällig nicht zu derselben gelangen konnte, horreis forte clausis, aber im Laufe des Processes erlange er den Besitz wieder oder jenes Hinderniß falle weg, so sei die Verurtheilung vollkommen gerechtfertigt. Hieran schließt sich dann als eine weitere Anwendung jenes Satzes der §. 22 an, welcher demnach nur den Sinn haben kann: Aus jenem Grundsatze folgt auch, daß der Deponent sogleich nach der Deposition die actio depositi anzustellen berechtigt ist; denn der zur Verurtheilung erforderliche dolus ist hier vorhanden, wenn auf diese Klage die Rückgabe doch nicht erfolgt ist. Da hier nämlich nach dem ganzen Zusammenhange ein Fall des dolus futurus angeführt werden soll, so kann offenbar das reposcere nicht mit Savigny von einer der Klage vorhergegangenen Rückforderung, sondern gerade nur von der Rückforderung durch die Anstellung der actio depositi verstanden werden. Jeder darüber etwa noch mögliche Zweifel wird durch die unmittelbar nachfolgenden Worte beseitigt: Marcellus autem ait, non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat; quid enim, si in provincia res sit, vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? Das condemnationis tempore deutet bestimmt genug darauf hin, daß das reposcere nur von der gerichtlichen Rückforderung, also von derjenigen verstanden ist, welche durch die Klagerhebung geschieht. Hiernach geht aus L. 1. §. 22. D. 16. 3. sehr bestimmt der Satz hervor, daß die actio depositi sofort nach dem Abschlusse des Contractes vollkommen begründet ist. Dieser Satz gilt aber natürlich nur von der Contractsklage, von der actio depositi. Wie aber bei Gelegenheit anderer Contracte, so kann auch bei Gelegenheit einer Deposition eine condictio entstehen, welche von der Contractsklage sich wesentlich und namentlich darin unterscheidet, daß sie nicht durch den Contract begründet wird, sondern ihr selbstständiges Fundament in dem Dolus des Contrahenten hat. Darauf deutet Paulus hin[1314]). Aber nicht nur für die actio depositi, sondern auch unmittelbar für die Darlehensklage existirt ein bestimmtes Quellenzeugniß, wornach dieselbe sofort mit der Hingabe der geliehenen Quantität als begründet angesehen werden muß. Papinian[1315]) sagt nämlich ausdrücklich: Sin autem communes nummos credam aut solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio et liberatio. Savigny[1316]) leugnet freilich auch die Beweiskraft dieser Stelle, weil hier nach dem ganzen Zusammenhange das „confestim" nicht den Gegensatz zur Kündigung, sondern vielmehr nur den Gegensatz zur consumtio nummorum bilden solle; während nämlich in dem vorher von Papinian betrachteten Falle, wenn blos fremdes Geld gegeben sei, ein Darlehen erst dann entstehe, wenn das Geld consumirt sei, so solle in diesem Falle, wenn gemeinsames Geld

---

1314) L. 13. §. 1. D. 16. 3.
1315) L. 94. §. 1. D. 46. 3.
1316) Savigny a. a. O. S. 293 flg.

gezahlt sei, ein Darlehen zum entsprechenden Theile sogleich, also ohne daß eine Consumtion des Geldes erforderlich sei, begründet sein. So richtig auch diese Auslegung ist, so wird doch dadurch die Beweiskraft der obigen Stelle nicht aufgehoben; denn gerade der Umstand, daß Papinian den Gedanken „es sei hier sogleich ein mutuum vorhanden", so ausdrückt: „es sei hier sogleich die condictio mutui begründet", beweist bestimmt genug, daß er sogleich mit dem Dasein des mutuum auch die Klage aus demselben für begründet annimmt [1317]). Hiernach muß infolge allgemeiner Principien und in Gemäßheit specieller gesetzlicher Bestimmungen der Satz aufgestellt werden: Wenn ein Darlehnsvertrag ohne alle Nebenbestimmungen über die Zeit der Rückgabe abgeschlossen ist, so ist die Klage sofort nach Abschluß des Vertrages rechtlich begründet und es beginnt also auch mit diesem Zeitpunkte, und nicht erst nach erfolgter Aufkündigung, der Lauf der Extinctivverjährung. — Was die anderen Fälle betrifft, in welchen dem Vertrage besondere Nebenbestimmungen beigefügt sind, so kann 1) wenn das Darlehen für eine bestimmte Zeit hingegeben, also die Zeit der Rückgabe vertragsmäßig festgesetzt ist, selbstverständlich vor Ablauf dieser Zeit von der Verjährung keine Rede sein; mit Ablauf derselben beginnt die Verjährung [1318]). 2) Sehr häufig ist die Nebenbestimmung, daß die Rückgabe nach Kündigung geschehen solle [1319]). Es sind aber hier zwei Fälle zu unterscheiden: a) In der Regel kommt dies so vor, daß auch noch eine bestimmte Frist festgesetzt ist, innerhalb welcher nach geschehener Kündigung die Rückzahlung erfolgen solle, z. B. „drei Monate nach Aufkündigung". In diesem Falle kann die Verjährung erst dann anfangen, wenn die Kündigung wirklich erfolgt und die bedungene Frist abgelaufen ist, aus dem einfachen, aber ganz entscheidenden Grunde, weil vorher die Erhebung der Klage rechtlich unmöglich ist. Dies ist auch die Meinung der meisten Neueren [1320]). Die abweichende Ansicht Mancher [1321]), daß die Verjährung vielmehr sofort von dem Augenblicke anfange, in welchem die Aufkündigung möglich war, jedoch natürlich mit Hinzurechnung der bedungenen Frist, stützt sich, abgesehen von manchen unbedeutenden Nebengründen [1322]), hauptsächlich nur auf den angeblichen Grundsatz: daß dann, wenn die rechtliche Möglichkeit einer

---

1317) Lenz a. a. O. S. 240 flg. Vangerow a. a. O. S. 310 flg.

1318) L. 7. §. 4. C. VII. 39.

1319) Auf diesen Fall hauptsächlich bezieht sich die in Note 1291 angeführte Abhandlung von Thon, über die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. VIII, S. 1—57.

1320) Vgl. z. B. Thon a. a. O. S. 3 flg. Kierulff, Theorie des gem. Civilrechtes Bd. 1, S. 195, Note. Savigny a. a. O. S. 295 flg. Sintenis, prakt. gem. Civilrecht Bd. 1, S. 294, N. 28. Lenz a. a. O. S. 252 flg. Vangerow a. a. O. S. 312.

1321) Z. B. Kind, Quaest. for. T. III. cap. 35. edit. II. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 2, §. 260, S. 319.

1322) Welche besonders Thon a. a. O. widerlegt hat.

Klagerhebung von solchen Thatsachen abhänge, deren Eintritt ganz in dem Willen des Gläubigers stehe, dies in Betreff der Verjährung so anzusehen sei, als wenn die Klage schon gleich anfangs nata wäre; ein Grundsatz, welchen man so ausgedrückt hat: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris. Die Unhaltbarkeit dieses Satzes ist aber von Anderen überzeugend nachgewiesen und jetzt so allgemein anerkannt[1323]), daß es eines näheren Eingehens darauf nicht bedarf. b) Es ist aber auch möglich, daß der Gläubiger sich die Rückzahlung des Darlehens schlechthin „nach Kündigung" ausbedungen hat, ohne Hinzufügung einer weiteren Frist. In diesem Falle muß, wie Vangerow mit Recht behauptet[1324]), die Verjährung sofort anfangen. Denn es heißt in einer schon vorher angeführten Stelle[1325]): si decem, cum petiero, dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio. Da nämlich hier der Zusatz: cum petiero, welcher vollkommen unserem: sogleich nach Aufkündigung, entspricht, den Vertrag nicht zu einem bedingten macht, sondern ungeachtet dieses Zusatzes alles so gehalten werden soll, wie wenn derselbe gar nicht beigefügt wäre, so beginnt nach den oben entwickelten Grundsätzen die Verjährung sofort mit Abschluß des Vertrages. Wenn auch Lenz[1326]), welcher im übrigen der richtigen Ansicht folgt, in diesem Falle die Klage erst nach erfolgter Kündigung für actio nata hält, so beruht dies auf der irrigen Voraussetzung, daß der Gläubiger durch eine solche Clausel eine Schranke seines Rechtes zu setzen beabsichtige (Lenz spricht von einem pactum de non petendo, nisi admonitio praecesserit), während vielmehr umgekehrt nach der Natur der Sache und nach dem klaren Ausspruche obiger Stelle darin eine Einschärfung der Verbindlichkeit des Schuldners liegt, indem damit der Gläubiger seinen Willen ausspricht, daß die Zahlung sogleich, sobald er sie fordern werde, und ohne Verzug erfolgen solle. Nur, wenn eine bestimmte Form der Kündigung vertragsmäßig festgesetzt ist, verhält sich dies anders; denn da hier die Klage nicht begründet ist, ehe die Aufkündigung in der vertragsmäßig bestimmten Form vorhergegangen ist, so kann vor diesem Zeitpunkte auch von dem Anfange der Extinctivverjährung keine Rede sein. — Die Frage, wenn actio nata sei, ist aber nicht blos bei dem Darlehen, sondern auch bei anderen Verträgen häufig Gegenstand des Streites gewesen, die noch zu betrachten sind. 1) Hat ein Schuldner dem Gläubiger ein Pfand in Besitz gegeben, will dieses aber später einlösen, so entsteht die Frage, von welchem Zeitpunkte die Verjährung der hierauf zu richtenden actio pigno-

---

1323) Vgl. z. B. Thon a. a. O. S. 2 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 147, Anm. Kierulff a. a. O. S. 194 a. E. Savigny a. a. O. S. 282 flg. Lenz a. a. O. S. 252 flg.

1324) Vangerow, im Archiv Bd. XXXIII, S. 313.

1325) L. 48. D. 45. 1.

1326) Lenz a. a. O. S. 257 flg.

ratitia directa anfange[1327]). Diese Frage ist schon seit den Zeiten der Glossatoren Gegenstand lebhaften Streites gewesen[1328]). Manche berufen sich auf die Regel, daß die Verjährung einer noch nicht vorhandenen Klage dennoch anfangen soll, wenn nur die Entstehung derselben ganz in der Macht des Klägers liege; dieses nun sei hier stets anzunehmen, weil das mögliche Hinderniß, wenn etwa der Schuldner kein Geld zur Einlösung habe, als ein blos factisches, gar nicht beachtet werde[1329]). Allein nach der richtigen Ansicht ist diese Klage nicht eher actio nata, als bis der Gläubiger befriedigt ist, was durch folgenden Ausspruch der Gesetze bestätigt wird: omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneratitia actio[1330]); es kann mithin auch nicht früher die Verjährung beginnen[1331]). Von der Unverjährbarkeit des Einlösungsrechtes kann selbst dann keine Ausnahme gelten, wenn dem Schuldner die Schuld ohne Erfolg gekündigt worden ist. Denn er ist hier nicht in der Rückforderung des Pfandes säumig, welches noch immer seinen ursprünglichen Zweck vollständig erfüllt, son-

---

1327) Vgl. darüber Savigny a. a. O. S. 300 flg.

1328) Haenel, Dissensiones Dominorum p. 27. 78. 198. 477—480.

1329) Z. B. Unterholzner a. a. O. §. 264, Bd. 2, S. 328 flg.

1330) L. 9. §. 3. D. 13. 7.

1331) Savigny a. a. O. S. 301 zieht auch eine Bestimmung des Osnabrücker Friedensinstrumentes Art. V, §. 27 hierher und leitet daraus eine Bestätigung seiner Ansicht her. Es wird nämlich darin bestimmt, daß bei Reichslanden, welche ein Reichsstand dem anderen vor Menschengedenken verpfändet hat, der Einlösung nicht anders stattgegeben werden solle, als wenn die Besitzer vorher mit ihren Exceptionen gehört worden wären. Savigny findet darin, daß die Einlösung selbst nicht durch unvordenklichen Besitz ausgeschlossen sein solle, und leitet daraus umsomehr eine Ausschließung der gewöhnlichen Verjährung ab. Die Exceptionen des Gegners, womit derselbe bei dem Antrage auf Einlösung gehört werden soll, bezieht Savigny nicht auf die Verjährung, sondern auf die Verwendungen des Pfandbesitzers für das verpfändete Gut, auf die Richtigkeit der Einlösungssumme wegen des oft veränderten Münzfußes u. s. w. Schon Unterholzner, Verjährungslehre §. 146, Bd. 1, S. 522 bemerkt aber mit Recht, daß hier von einer Unvordenklichkeit im Sinne des römischen Rechtes nicht die Rede sein könne; denn wenn ein Reichsland so lange im Pfandbesitze gewesen ist, daß man es gar nicht anders weiß, so ist auch nicht wohl abzusehen, wie man dann wissen kann, daß der Besitz ein bloßer Pfandbesitz ist, und wie man die Summe ausmitteln soll, für welche die Verpfändung stattgefunden hat. Eine Verpfändung vor Menschengedenken ist also hier nur so viel, als eine Verpfändung aus älterer Zeit. Diese Stelle enthält also allerdings eine Anerkennung des Grundsatzes, daß das Einlösungsrecht des Pfandschuldners selbst durch die längste Verjährung nicht ausgeschlossen werde. Dagegen hat die in demselben Friedensinstrumente Art. V, §. 26 und in der Wahlcapitulation Art. X, §. 4 enthaltene Bestimmung, daß die vom Reiche an einzelne Stände gegebenen Pfandschaften unwiderruflich sein sollen, mit der vorliegenden Rechtsfrage über die Verjährung schon deshalb keinen Zusammenhang, weil darin die längere oder kürzere Dauer des Besitzes gar nicht unterschieden wird; sie hat überhaupt keine juristische Grundlage und gehört vielmehr in die Reihe der vielen Zugeständnisse des Kaisers an die Stände, wodurch deren Macht stets erweitert wurde. Savigny a. a. O. S. 301 flg.

dern in der Bezahlung der Schuld. Man könnte eine Ausnahme wenigstens dann annehmen wollen, wenn von der anderen Seite die Schuldklage verjährt sei, weil sonst unbilliger Weise der Schuldner das Pfand zurückbekommen würde, ohne die Schuld zu bezahlen. Dieser Fall ist aber nicht möglich, weil der Besitz des Pfandes eine stets wiederholte Anerkennung der Schuld von Seiten des Schuldners enthält, wodurch die Verjährung der Schuldklage ausgeschlossen wird[1332]). Uebrigens bezieht sich die Unverjährbarkeit der actio pigneratitia directa nur auf die Einlösung des Pfandes, nicht auf andere mögliche Gegenstände, z. B. auf die Ansprüche des Schuldners wegen Zerstörung oder Beschädigung der verpfändeten Sache von Seiten des Gläubigers, wodurch Geldforderungen des Schuldners entstehen, welche auch mit der gedachten Klage geltend gemacht werden; diese sind der gewöhnlichen Klagenverjährung unterworfen, welche mit dem Moment der verletzenden Handlung beginnt. 2) Ebenso bestritten ist die Frage, wenn das auf einen Wiederkaufsvertrag gegründete Recht, die Sache zurückzukaufen, also die actio venditi, wodurch es geltend gemacht wird, zu verjähren beginne[1332a]). Mehrere lassen die Verjährung von dem geschlossenen Vertrage oder wenigstens von der Uebergabe an beginnen, weil der Verkäufer sein Recht und die Klage zu dessen Schutz sogleich gebrauchen könne[1333]). Savigny[1334]) hingegen datirt in Gemäßheit des von ihm aufgestellten Grundsatzes die Verjährung von der Zeit an, wo der erste Verkäufer die Absicht des Rückkaufes ausgesprochen hat, indem man hier unmöglich sagen könne, daß schon durch die Uebergabe die Erwartung begründet sei, der Käufer werde die Sache sogleich von selbst zurückgeben; darauf sei gar nicht die Absicht gegangen, ja der Käufer wäre dazu nicht einmal berechtigt, da der Vorbehalt dem Verkäufer ein einseitiges Recht gebe. Wir können nur die Ansicht für richtig erkennen, welche die Verjährung mit der Uebergabe beginnen läßt, indem die Ansicht Savigny's auf der obigen von Vangerow widerlegten Voraussetzung beruht, daß erst eine Rechtsverletzung nöthig sei, um die Nativität einer Klage zu begründen. Dagegen ist allerdings die Verjährung der actio venditi auf Rückkauf so lange nicht möglich, als die Uebergabe der wiederkäuflich veräußerten Sache an den Käufer noch nicht erfolgt ist. Denn da die Klage lediglich die Restitution zum Gegenstande hat, ein Anspruch auf solche aber ohne vorausgegangene Hingabe durchaus undenkbar ist, so fehlt es in diesem Falle an einem Klagrechte, ohne welches keine Klagenverjährung stattfinden kann. Wenn

1332) L. 7. §. 5. C. VII. 39.

1332a) Diese Controverse behandelt ausführlich Glück, Erl. der Pand. Bd. 16, §. 998, S. 206 flg.

1333) Thon a. a. O. S. 3. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 147, Anm. Unterholzner, Verjährungslehre §. 265.

1334) Savigny a. a. O. S. 304.

es auch richtig ist, was Unterholzner[1335]) anführt, daß das Recht zur Wiederaufhebung des Kaufes schon durch den Abschluß des Vertrages vollständig begründet sei, so widerstreitet doch dessen Behauptung, daß dieses Recht sofort und ehe es zur Ablieferung gekommen ist, durch eine Klage geltend gemacht werden könne, der Natur persönlicher Klagen, welche nicht die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses, sondern nur eine Leistung zum Gegenstande haben[1336]). Uebrigens setzt der Fall, wo eben die berührte Streitfrage wichtig ist, voraus, daß der Rückkauf auf unbestimmte Zeit vorbehalten sei. Denn ist das Wiederkaufsrecht nur auf eine bestimmte Zeit vorbehalten und diese abgelaufen, ohne daß das Recht ausgeübt worden ist, so hat nun das Recht selbst aufgehört und es ist keine Klage mehr übrig, von deren Verjährung die Rede sein könnte. Ist dagegen ausdrücklich bestimmt, daß ein Wiederkaufsrecht vor Ablauf einer gewissen Zeit (welche nach dem Bemerkten stets erst von der Uebergabe zu rechnen ist) nicht solle ausgeübt werden können, so kann vor dem Ablaufe dieser Frist die Verjährung nicht anfangen. Ist das Wiederkaufsrecht ausdrücklich für eine längere Zeit vorbehalten worden, als die gesetzliche Verjährungsfrist beträgt, so wird dadurch die Berufung auf Verjährung ausgeschlossen, so lange die durch die Abrede bestimmte Frist noch nicht verstrichen ist; es würde der Einrede der Verjährung die Replik des Vertrages entgegenstehen. Sehr bestritten ist, ob die Verjährung für immer ausgeschlossen sei, wenn verabredet worden ist, daß dem Verkäufer das Wiederkaufsrecht zu jeder Zeit, zu ewigen Zeiten, freistehen solle[1337]). Es kann hier nur völlige Ausschließung der Verjährung angenommen werden, indem sich diese Ausdrücke gar nicht anders nach dem im gemeinen Leben angenommenen und allgemein bekannten Sprachgebrauche, als auf einen seinem Anfange und Ablaufe nach uneingeschränkten Ausübungszeitraum deuten lassen, auch den Contrahenten ein Verzicht auf jegliche Verjährung im voraus unzweifelhaft zusteht. Eine besondere Natur in Bezug auf den Anfang der Verjährung haben endlich die mit periodischen Leistungen verbundenen Obligationen. Dieser Fall kommt in folgenden verschiedenen Gestalten vor. Die periodische Leistung kann die Accession einer Hauptschuld sein oder für sich allein bestehen, als einziger Gegenstand einer Obligation. Im ersten Falle kann die Verjährung in Frage gestellt werden, entweder für die Hauptschuld oder für einzelne periodische Leistungen. 1) Verjährung einer Hauptschuld, mit welcher periodische Leistungen als Accessionen verbunden sind. Der Hauptfall dieser Art ist das verzinsliche Gelddarlehen, wobei es gleichgiltig ist, ob die Schuld gleich anfangs als Darlehen entstanden war

1335) Unterholzner a. a. O.
1336) L. 35. D. 5. 1. L. 25. pr. D. 44. 7.
1337) Vgl. über diese Frage Glück, Erl. der Pand. Bd. 1, S. 115, Bd. 16, S. 209 flg.

oder ob irgend eine andere Schuld zinstragend gemacht wurde und dadurch die Natur eines Darlehens annahm. Die Verjährung der Hauptschuld beginnt hier mit dem Zeitpunkte, worin zuerst eine Zinszahlung ausgeblieben ist, vorausgesetzt, daß von da an die Unterlassung der Zinszahlung stets fortgedauert hat; denn jede folgende Zinszahlung, sei sie auch noch so mangelhaft und unregelmäßig, unterbricht wieder, als neue Anerkennung der Hauptschuld, die ganze Verjährung. Die Verjährung kann nicht früher als mit dem Zeitpunkte der unterlassenen Zinszahlung anfangen, weil jede geleistete Zinszahlung eine Anerkennung der Hauptschuld enthält, welche bis zum nächsten Zinstermine fortwirkt; nicht später, weil jede unterlassene Zinszahlung eine Verletzung des Rechtes enthält, welche den Gläubiger zur Klage veranlassen muß. Es ließe sich zwar annehmen, es betreffe dies blos den einzelnen Zinsposten, nicht das Kapital, sodaß auch nicht die Kapitalklage, sondern nur die Klage auf den einzelnen fälligen Zinsposten, zu verjähren beginne. Natürlicher ist aber die Ansicht, daß der Gläubiger sein Recht auf das Kapital und die Zinsen als ein ungetrenntes Ganze denkt und daher in der unterbliebenen Zinszahlung eine Veranlassung findet, auch das Kapital einzuklagen oder wenigstens durch besondere Thätigkeit gegen Verjährung zu sichern, was unter anderen schon dadurch geschieht, daß er auch nur diesen einzelnen Zinsposten wirklich einklagt. Diese Ansicht ist auch im römischen Rechte bestimmt anerkannt[1338]) durch die Verordnung Justinian's: Exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit. Mit Unrecht haben Manche diese Bestimmung des Anfangspunktes auf die Verjährung der bloßen Zinsklage bezogen[1339]); mit Unrecht, indem es dafür keiner gesetzlichen Bestimmung bedurfte. Indessen ist die aufgestellte Regel noch näher in folgender Weise zu bestimmen. Sie beschränkt sich auf den Fall eines auf ganz unbestimmte Kündigung gegebenen Darlehens. Ist dagegen eine Kündigungsfrist bedungen, z. B. von drei Monaten, so fängt die Verjährung der Schuldklage erst drei Monate nach dem nicht eingehaltenen Zinstermine an, weil selbst im Falle einer ausdrücklichen, in jenem Zeitpunkte ausgesprochenen Kündigung erst nach drei Monaten geklagt werden konnte. Ist für das ganze Darlehen ein bestimmter Zeitraum, z. B. von 10 Jahren, ausbedungen, so fängt die Verjährung erst am Ende dieses Zeitraumes an, selbst wenn früher Zinsen ausgeblieben sind, weil vor jenem Zeitpunkte

---

1338) L. 8. §. 4. C. VII. 39.

1339) So äußere sich schon die Glosse zu L. 8. §. 4. C. VII. 39. und Dion. Gothofredus zu derselben Stelle; noch bestimmter aber Kierulff, Theorie S. 195, welcher den Grund geltend macht, man müßte sonst fälschlich annehmen, in den nicht bezahlten Zinsen liege ein Ableugnen der Kapitalschuld. Dieser bedarf es aber niemals zum Anfange der Verjährung. Savigny a. a. O. S. 307, Note o.

das Kapital nicht eingeklagt werden konnte. Die Verjährung kann aber in diesem Falle auch später beginnen, nämlich, wenn der Schuldner nach Ablauf des bestimmten Zeitraumes im Besitze des Geldes geblieben ist, ferner Zinsen gezahlt und der Gläubiger solche angenommen hat, indem darin eine stillschweigende Erneuerung des Darlehens liegt, nun aber auf unbestimmte Kündigung. Es ist möglich, daß weder die geleistete, noch die ausgebliebene Zinszahlung bewiesen werden kann, ja daß vielleicht beide Theile über diese Thatsache sich in Ungewißheit befinden, z. B. wenn nach dem Tode des Gläubigers und des Schuldners die Erben keine Kenntniß von den Geschäften ihrer Erblasser haben, auch keine Urkunden vorfinden. Man könnte glauben, da die Zahlung eine Thatsache sei, so sei von Anfang an die Nichtzahlung anzunehmen, wenn die Zahlung nicht erwiesen werden könne. Es würde dies aber eine Härte gegen den Gläubiger sein, welcher wegen der Ungewöhnlichkeit der Gegenquittungen, die er nach römischem Rechte verlangen konnte, um den Beweis des Empfanges der Zinsen zu führen[1340]), den Beweis der empfangenen Zahlung sehr schwer führen kann. Vielmehr wird aber der Schuldner den Beweis führen müssen, weil die negative Thatsache der ausgebliebenen Zinszahlung gesetzlich als Anfangspunkt der Verjährung ausgedrückt ist. — Dem verzinslichen Darlehen ähnlich ist der Pacht- und Miethvertrag. Auch hier enthält jede Zahlung des Pacht- oder Miethzinses eine Anerkennung der Hauptschuld, also ein Hinderniß für die Verjährung der locati actio. Ebenso ist aber auch die unterlassene Zahlung als Anfangspunkt der Verjährung dieser Klage anzusehen, nach Analogie der Darlehenszinsen. Dagegen ließe sich die gesetzliche Bestimmung anführen, nach welcher die locati actio auf Rückgabe der Sache niemals verjähren soll; allein dabei ist offenbar der Fall vorausgesetzt, daß in der Zwischenzeit das Pachtverhältniß selbst auf irgend eine Weise anerkannt worden ist, so daß deswegen die Verjährung auf die Klagen wegen der einzelnen Zahlungen beschränkt bleiben muß[1341]). Infolge der Bestimmung des kanonischen Rechtes über die bona fides muß allerdings die locati actio, insoweit sie auf Rückgabe der Sache gerichtet ist, für unverjährbar erachtet werden. — Ist der Pacht- oder Miethcontract für ein Grundstück auf bestimmte Zeit geschlossen, so darf, wenn die Zahlung des Pachtgeldes zwei Jahre unterblieben ist, der Verpachter den Pachter austreiben[1342]); unterläßt er dieses, so fängt von diesem Zeitpunkte die Verjährung der actio locati an. Es ist dies unseres Erachtens, auch nachdem infolge des kanonischen Rechtes wegen des Erfordernisses der bona fides die locati actio, soweit sie auf Restitution der Sache geht, keiner Verjährung mehr unterliegt, doch wichtig in Ansehung anderer Ansprüche, welche aus dem Pacht- oder Miethcontracte

---

1340) L. 19. C. IV. 21.
1341) L. 7. §. 6. C. VII. 39. verb.: vel conductori.
1342) L. 54. §. 1. D. 19. 2. L. 3. C. IV. 65.

dem Verpachter oder Vermiether zustehen können; denn hinsichtlich dieser sich auf Geld reducirenden Forderungen ist die locati actio der Verjährung ebensogut unterworfen, wie jede andere persönliche Klage, indem es hier auf eine bona fides überall nicht ankommt. 2) Verjährung der periodischen Leistungen selbst, welche eine accessorische Natur haben. Ist die Kapitalforderung durch Verjährung verloren, so sind zugleich die Klagen auf alle rückständigen Zinsen mit verjährt, selbst wenn diese aus sehr neuer Zeit herrühren sollten[1343]). Der Grund dieser scheinbaren Abweichung liegt in der accessorischen Natur dieser Leistungen, mit welcher die Verfolgung derselben nach Verlust der Hauptklage im Widerspruche stehen würde. Ist aber die Klage auf die Hauptschuld der Verjährung entzogen, z. B. durch erneuerte Anerkennung, so verjährt die Klage auf jeden einzelnen Zinsposten für sich von der Zeit seiner Fälligkeit an; ebenso verhält es sich bei den Forderungen wegen Pacht- und Miethgeldes[1344]). 3) Die Klagen auf periodische Leistungen, welche keine accessorische Natur haben, verjähren ebenso wie in dem zuletzt gedachten Falle, jede für sich, von der Zeit an, worin jede Leistung fällig wurde[1345]). Inwiefern das Recht überhaupt durch Verjährung verloren gehen könne, ist sehr bestritten. Es ist darüber schon in einem anderen Artikel berichtet und namentlich untersucht worden, inwiefern Reallasten durch Verjährung erlöschen könnten, weshalb darauf zu verweisen ist[1346]).

BB. Ununterbrochene Versäumniß[1347]). Die Versäumniß, worauf die Klagenverjährung beruht, muß durch einen ganzen Zeitraum gleichmäßig hindurch dauern. Ist sie also in irgend einem, zu jenem Zeitraume gehörigen, Zeitpunkte nicht vorhanden, so ist die Verjährung unterbrochen, und dasjenige, wodurch bisher der Weg zu ihr gebahnt wurde, ist spurlos vernichtet. Es ist vielleicht später der Anfang einer neuen Verjährung möglich, welche aber von der früher angefangenen ganz unabhängig ist und an dieselbe nicht angeknüpft werden kann. Die Unterbrechung kann geschehen 1) durch Aufhebung der Verletzung, welche immer das bisher bestehende Klagrecht zerstört[1348]), also auch die

---

1343) L. 26. C. IV. 32.

1344) L. 7. §. 6. C. VII. 39.

1345) Auch dieser Fall selbstständiger periodischer Leistungen ist in L. 7. §. 6. C. VII. 39. mit begriffen.

1346) Vgl. den Artikel Reallasten Bd. IX, S. 119 flg.

1347) Siehe besonders Savigny a. a. O. S. 312—326.

1348) Vgl. Savigny a. a. O. §. 230, S. 197 flg. Fälle dieser Art sind: 1) wenn der Anspruch des Klägers, zu dessen Schutz das Klagrecht diente, auf andere Weise Befriedigung erhält, z. B. wenn die Sache, welche bisher vindicirt oder condicirt werden konnte, durch Zufall in den Besitz des Eigenthümers zurückkehrt (L. 54. §. 3. D. 47. 2.); 2) wenn, ohne Befriedigung des Klägers, die Verletzung aufhört, wodurch ein Anderer bisher in die Stellung eines Beklagten kam, z. B. wenn der Besitzer einer fremden Sache, welche bisher gegen ihn vindicirt werden konnte, den Besitz derselben verliert.

auf dieses bezügliche Verjährung, so daß künftig nur etwa eine neue, der früheren ähnliche Klage entstehen kann, deren Verjährung aber mit der früheren nicht zusammenhängt. In dieser Beziehung ist es gleichgiltig, ob jene Aufhebung kurz oder lang währte; ebenso ob zugleich der Verletzte in den Genuß seines Rechtes wieder kam oder nicht. Daher ist die Verjährung der Eigenthumsklage gleichmäßig unterbrochen, der Besitz mag wieder an den Eigenthümer gekommen oder an einen Dritten durch dessen eigenmächtige Handlung (nicht durch ein Rechtsgeschäft) gelangt sein. Die Verjährung einer Schuldklage wird dadurch, daß der Gläubiger den Besitz der ihm verpfändeten Sache erlangt, unterbrochen [1349]). Dieser Besitz läßt sich als der Genuß der Forderung selbst, nämlich ihres Geldwerthes, betrachten, weil das Pfandrecht die Befugniß zum Verkaufe der Sache und zur Befriedigung aus dem Erlöse enthält. Wird der Besitz des Pfandes durch den Willen des Schuldners oder doch mit dessen Wissen und Duldung erworben, so liegt darin zugleich eine Anerkennung der Schuld, also eine Unterbrechung der folgenden Art. Unterbrechung der Klagenverjährung ist ferner möglich 2) durch Anerkennung des Rechtes von Seiten des Gegners, und es kann eine neue Verjährung nur von dem Zeitpunkte der Anerkennung wieder beginnen. Diese Wirkung darf aber nicht jeder mündlichen oder schriftlichen Aeußerung, sondern nur einer solchen Handlung beigelegt werden, welche die Natur eines Rechtsgeschäftes hat. Dies geht aus folgenden, in den Quellen erwähnten Fällen einer solchen Unterbrechung hervor. Es gehören dahin die Ausstellung eines neuen Schuldscheines [1350]); jede Zahlung von Zinsen [1351]); die Zahlung eines Theiles der Hauptschuld selbst, unter der Voraussetzung, daß sie als Abschlagszahlung ausdrücklich bezeichnet wird [1352]); die Bestellung eines Pfandes, welches früher nicht verabredet war [1353]); die Bestellung eines Bürgen [1354]); endlich das Constitutum [1355]). Bei einer Correalobligation wirkt das von einem

---

1349) L. 7. §. 5. C. VII. 39.: si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis ... Dies soll ganz, wie die Litiscontestation, wirken. Es wird die Beschränkung „sine violentia“ hinzugefügt, weil gewaltsamer Besitz sofort durch ein Interdict wieder abgefordert werden kann, ja nach den Grundsätzen über die Selbsthilfe, den Verlust des Rechtes selbst zur Folge hat.

1350) L. 7. §. 5. C. VII. 39.

1351) L. 8. §. 4. C. VII. 39. L. 19. C. IV. 21.

1352) L. 5. C. de duobus reis (VIII. 39. (40.)).

1353) Dafür spricht die Analogie des Besitzerwerbes an einem schon bestellten Pfandrechte; ferner die neu entstandene hypothekarische Klage, welche dem Schuldner auf einem anderen Wege zu derselben Befriedigung verhilft, wie die Schuldklage; endlich die Analogie des neuen Schuldscheines, in Vergleich zu welchem die Bestellung eines Pfandes eine ebenso entschiedene, aber noch viel wirksamere Anerkennung enthält.

1354) Die in der vorigen Note bei dem Pfande angeführten Beweise gelten zum Theil auch hier.

1355) L. 18. §. 1. D. 13. 5.

der Correalschuldner oder gegen einen der Correalgläubiger erklärte Anerkenntniß für alle Correalschuldner sowie für alle Correalgläubiger[1356]). Dagegen ist die bloße außergerichtliche Mahnung des Schuldners als Unterbrechung der Verjährung nicht zu betrachten, ebensowenig die Cession der Forderung von Seiten des Gläubigers an einen Dritten[1357]); indem beides einseitige Handlungen des Berechtigten sind, in welchen kein Anerkenntniß von Seiten des Gegners liegt. Die Verjährung der Klage wird endlich unterbrochen 3) durch die wirkliche Anstellung der Klage. Es ist auf das früher in diesem Artikel rücksichtlich der Störung der Verjährung überhaupt durch gerichtliche Geltendmachung des Anspruches Bemerkte Bezug zu nehmen. Nur ist noch Folgendes speciell in Bezug auf die Klagenverjährung hinzuzufügen. Bei Correalklagen genügt es, daß Einer klage oder Einer verklagt werde, um die Verjährung in Beziehung auf Alle zu unterbrechen[1358]). Stellt der Gläubiger die persönliche Klage gegen den Schuldner an, so wird dadurch zugleich die Verjährung der hypothekarischen Klage unterbrochen und ebenso im umgekehrten Falle[1359]). Sind unter denselben Personen mehrere Rechtsverhältnisse streitig und die Klagschrift ist so unbestimmt, daß es ungewiß bleibt, welchen Rechtsstreit er zum Gegenstande hat, so soll die Unterbrechung für alle diese Klagen gelten[1360]). Auch unterbricht ohne Zweifel die angestellte Klage auf einen einzelnen Zinsposten zugleich die Verjährung der Kapitalklage, da bei diesem beschränkten Rechtsstreite auch das Dasein der Hauptschuld zur Sprache kommen kann. Gehen die Parteien ein Compromiß ein, so gilt die Uebergabe der schriftlichen Klage vor dem Schiedsrichter als Unterbrechung der Verjährung[1361]). Die Anstellung der Klage unterbricht nur für und wider diese bestimmten Personen und deren Successoren, nicht für und wider fremde Personen, zwischen welchen dieselbe oder eine verwandte Klage angestellt werden könnte. Daher unterbricht die Anstellung der Schuldklage nicht die dem dritten Pfandbesitzer zu Gute kommende Verjährung. Ueber die Verjährung der Litispendenz und die Proceßverjährung ist früher in diesem Artikel bereits das Nöthige bemerkt worden.

CC. Bona fides. Wie es sich mit diesem Erfordernisse der Verjährung im römischen Rechte verhielt, ist nicht bestritten. Die Usucapion setzte bona fides voraus für den Anfang des Besitzes, nicht für dessen Fortsetzung. Der Klagenverjährung an sich war dieses Erforderniß fremd, indem nur die Versäumniß des Klägers in Betracht kam. Nur die longi temporis praescriptio schloß sich in ihren Bedingungen ganz an die Usucapion an, so daß auch die bona fides dazu gehörte. Justinian ver-

1356) L. 5. C. de duobus reis. (VIII. 39. (40.)).
1357) Unterholzner a. a. O. §. 262. Savigny a. a. O. S. 315 flg.
1358) L. 5. C. de duobus reis. (VIII. 39. (40.)).
1359) L. 3. C. VII. 40.
1360) L. 3. C. VII. 40.
1361) L. 5. §. 1. C. de recept. arbitr. (II. 55. (56.)).

langte zwar später für den 30jährigen Besitz bona fides[1362]), aber nur insofern der Besitzer hier auf die Vortheile der Ersitzung Anspruch machen, also über die Klagenverjährung hinaus gehen wollte; für die Klagenverjährung lag darin keine Neuerung. Auch die longi temporis praescriptio kommt als selbstständiges Rechtsinstitut im Justinianeischen Rechte nicht mehr vor und sonach ist im neuesten römischen Rechte die bona fides kein Erforderniß der Klagenverjährung. Wichtige Veränderungen sind aber hier durch das kanonische Recht eingeführt worden, über deren Umfang und Tragweite von jeher viel Streit gewesen ist. Es ist über diesen Streit früher in diesem Artikel ausführlich be richtet worden. Das Resultat ist in Bezug auf die Verjährung der Klagen, daß selbst bei persönlichen Klagen, welche auf Restitution einer dem Kläger eigenen Sache gerichtet sind, eine Verjährung ohne bona fides nach kanonischem Rechte nicht möglich ist.

DD. Ablauf der Zeit. Die regelmäßige Zeit, welche zur Vollendung der Klagenverjährung erfordert wird, beträgt 30 Jahre. Von dieser Regel giebt es viele Ausnahmen für einzelne Klagen, welche meistens kürzer, selten länger als 30 Jahre dauern. Hier sind blos die Ausnahmen zu erwähnen, welche eine allgemeinere Natur haben, also ganze Klassen von Klagen umfassen. Es gehören hierher: 1) die longi temporis praescriptio von 10 oder 20 Jahren, welche sich auf alle speciales in rem actiones bezieht, und im Zusammenhange mit der Usucapion, mit welcher sie durch ihre Entstehung und Ausbildung unzertrennlich verbunden ist, bereits dargestellt worden ist. 2) Die prätorischen Klagen, für welche nach der Darstellung des Gajus und der Institutionen die einjährige Verjährung die Regel bildet, von welcher es nur einzelne Ausnahmen gebe[1363]), während nach der genaueren Angabe von Paulus und Ulpian die einjährige Verjährung nur für die Pönalklagen aus dem Edict, nicht für die reipersecutorischen Klagen, als Regel gilt[1364]). Specieller ist dies dahin zu bestimmen, daß sowohl die einseitigen als die zweiseitigen Strafklagen der einjährigen Verjährung unterliegen. Daher sind einjährig die actio de dolo[1365]), ingleichen die possessorischen Interdicte[1366]), obwohl diese Klagen den Kläger niemals bereichern, jedoch oft den Beklagten, wie durch eine Strafe, positiv ärmer machen. Die einjährigen Verjährungen sowie die längeren wurden auch bei den prätorischen Klagen durch eine exceptio geltend gemacht, obwohl eine exceptio in dieser Beziehung selten erwähnt wird[1367]). Der

---

1362) L. 8. §. 1. C. VII. 39.

1363) Gai. Inst. Comm. IV. §. 110. 111. Pr. Inst. IV. 12.

1364) L. 35. pr. D. 44. 7. L. 3. §. 4. D. 4. 9. L. 21. §. 5. D. 25. 2.

1365) Nämlich nach dem prätorischen Edicte; später wurde der annus utilis in ein biennium continuum verwandelt. L. 8. C. de dolo (II. 20. (21.)).

1366) L. 1. pr. D. 43. 16. L. 1. pr. D. 43. 17.

1367) L. 30. §. 5. D. 15. 1.: Si annua exceptione sit repulsus a venditore creditor. L. 1. §. 10. D. 15. 2.: Si — annali actione egeris, et quia

seltnere Gebrauch erklärt sich daraus, daß bei diesen kurzen Verjährungen, bei welchen alle Thatsachen noch in frischer Erinnerung sind, meistens eine unmittelbare Entscheidung des Prätors selbst über diese Einwendung möglich war, ohne daß es einer Verweisung derselben in Gestalt einer Exception an den iudex bedurfte. 3) Die den Kirchen und milden Stiftungen zustehenden Klagen, für welche als Regel die Verjährung von 40 Jahren gilt. Es ist aber nach dem früher in diesem Artikel Ausgeführten die 40jährige Verjährung bei Kirchen und milden Stiftungen blos an die Stelle der außerdem geltenden Verjährung von 10, 20 und 30 Jahren getreten. Unberührt von diesem Privilegium bleiben alle kürzeren Klagenverjährungen sowie die 3jährige Usucapion beweglicher Sachen[1368]. 4) Die Klagen der Städte, welche nach dem früher Ausgeführten 30 Jahre dauern. 5) Die Klagen des Fiscus. Hier sind zu unterscheiden die Klagen aus den eigenthümlichen Rechten des Fiscus, wie Strafen u. s. w., und die dem Fiscus zustehenden gemeinrechtlichen Klagen. Die besonderen Fiscalklagen verjähren in 20 Jahren und diese Verjährung ist schon zu einer Zeit entstanden, wo alle Klagen noch in der Regel unverjährbar waren[1369]. Daneben kommen wieder zwei speciellere Ausnahmen vor. Der Anspruch des Fiscus auf einen erblosen Nachlaß verjährt schon in vier Jahren[1370]. Steuerforderungen sind dagegen ganz unverjährbar[1371]. Die gemeinrechtlichen Klagen, worin der Fiscus sowie jede andere Person als Eigenthümer, Gläubiger u. s. w. auftritt, sind nach der gewöhnlichen, in den meisten Lehrbüchern vorgetragenen und auch in der Praxis befolgten Meinung einer Verjährung von 40 Jahren unterworfen. Es läßt sich diese Meinung aber nicht gehörig begründen. Daher ist mit Savigny[1372] vielmehr auch hier die 30jährige Verjährung als Regel anzunehmen. Die Constitution von Anastasius, auf welche man sich wegen der 40jährigen Verjährung beruft, spricht nur von einer einzelnen Klage, der Vindication von Patrimonialgrundstücken[1373], und beruft sich dabei nicht etwa auf ein allgemeines Privilegium des Fiscus, was schon deshalb nicht möglich ist, weil der Fiscus hierin den Tempeln gleichgestellt wird, zu einer Zeit, wo an eine 40jährige Verjährung zu Gunsten der Kirchen noch gar nicht gedacht wurde. Es handelte sich hier übrigens um eine besondere Art von Domänengütern, welche im heutigen Rechte nicht mehr vorkommt. Da-

---

annus praeterierat, exceptione sis repulsus — nam priore iudicio de in rem verso recte actum est, quia annalis exceptio ad peculium, non ad in rem versum, pertinet. L. 15. §. 5. D. 43. 24.: causa cognita annuam exceptionem remittendam.

1368) Siehe auch Savigny a. a. O. S. 358 flg.

1369) L. 13. pr. D. 44. 3. L. 2. §. 1. L. 3. 4. D. 48. 17. L. 1. §. 3. D. 49. 14.

1370) L. 1. C. VII. 37.

1371) L. 6. C. VII. 39.

1372) Savigny a. a. O. S. 360 flg.

1373) L. 14. C. de fund. patrim. (XI. 62. (61.)).

gegen wird die 30jährige Verjährung als maßgebend anerkannt, wenn im Namen der res privata des Kaisers auf flüchtige Colonen geklagt wird[1374]); die res privata genießt aber alle Vorrechte des Fiscus[1375]). — Was die Art der Berechnung der Zeit betrifft, so gilt bei den Verjährungen von einem Jahre oder darunter utile tempus, bei längeren continuum. Darüber, daß die civile Berechnung angewendet wird und die Klagenverjährung erst mit Ablauf des letzten Tages des gesetzlichen Zeitraumes vollendet ist, verweist man auf das früher Bemerkte. — Es fragt sich, ob der Ablauf der Zeit nur unter denselben Individuen eintreten kann, unter welchen die Klagenverjährung angefangen hat oder ob in den Lauf derselben auch noch andere Personen durch accessio temporis eintreten können. Nach allgemeinen Grundsätzen ist die Beantwortung dieser Frage nicht zweifelhaft. Die Klagenverjährung bewirkt eine Exception: Exceptionen gehen aber in der Regel von beiden Seiten auf Erben und Singularsuccessoren über, außer wenn die Exception auf einem ganz individuellen Verhältnisse beruht. Der Fall dieser Ausnahme ist bei der temporalis praescriptio nicht vorhanden. Von diesem Standpunkte aus muß der Vortheil der Verjährung dem ursprünglichen Beklagten, dem Erben desselben, dem Käufer, Donatar u. s. w. zustehen, nicht aber denjenigen Personen, welche ohne Succession den Besitz einer Sache bei einer in rem actio erlangt haben. Die Verjährung schadet dem ursprünglichen Kläger, den Erben desselben und ebenso dem Cessionar, bei dinglichen sowohl als persönlichen Klagen. Diese Annahme wird dadurch bestätigt, daß die Gesetze meistens nur davon reden, ob die Klage zur rechten Zeit erhoben worden ist oder nicht, wobei die Personen in den Hintergrund treten; es kommt also, wenn eine Veränderung in den Personen vorgegangen ist, immer nur darauf an, ob es dieselbe Klage ist, deren Verjährung früher begonnen hatte und jetzt als vollendet behauptet wird.

B. Wirkung der Klagenverjährung[1376]). Die Untersuchung dieser Frage ist von Anfang an, wie Savigny richtig bemerkt,

---

1374) L. 6. C. de fund. rei priv. (XI. 66. (65.)).

1375) L. 6. §. 1 D. 49. 14.

1376) Die Literatur über die so bestrittene Wirkung der Klagenverjährung, ob diese die schwächere oder stärkere Wirkung (im Sinne des Textes) sei, ist sehr fruchtbar gewesen. Die schwächere Wirkung nehmen an Donellus, Comm. iur. civ. Lib. XXII. cap. 2. fin. Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit §. 92 u. Beitr. zu Klagen und Einreden St. 1, S. 6 flg., 52 flg. Thibaut, Verjährung §. 39. Glück, Erl. der Pand. Bd. 13, S. 100, 380. Bd. 20, S. 162. Guyet, im Archiv f. civil. Praxis Bd. XI, S. 62 flg. Francke, civil. Abhandl. S. 73 flg. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 2, §. 258, verbunden mit §. 156—159. Roßhirt, in seiner Zeitschr. f. Civil.- u. Criminalr. Bd. I, S. 156 flg. Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. 5, S. 366 flg. Die stärkere Wirkung vertheidigen Kori, Verjährung §. 52, 95. Sommer, rechtswissenschaftl. Abhandl. Bd. 1, Nr. 1. Löhr, im Archiv f. civil. Praxis Bd. X, S. 70 flg. Sintenis, in Zu Rhein's Jahrb. f. Proc. Bd. I, S. 249 flg. Heimbach sen., in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I, S. 436 flg. Ver-

durch eine falsche Stellung der zu beantwortenden Frage erschwert und verwirrt worden. Es wurde nämlich stets gefragt, ob durch die Verjährung das Recht selbst oder nur die Klage verloren werde, und durch diesen Ausdruck wurde man in den wichtigsten und schwierigsten Fällen unvermerkt von den im römischen Rechte herrschenden Begriffen entfernt. Der Gegensatz jener Ausdrücke sollte offenbar nur dazu dienen, eine stärkere und eine schwächere Wirkung der Verjährung zu unterscheiden, und wirklich haben sich die Schriftsteller größtentheils in zwei Parteien geschieden, nur noch mit einigen untergeordneten Modificationen. Was zuvörderst die Wirkung der Klagenverjährung bei den dinglichen Klagen betrifft, als deren Repräsentant die Vindication angesehen werden kann, so sind vorerst die Fälle der Ersitzung ganz abzusondern, da durch die Ersitzung die Klagenverjährung vollständig und unzweifelhaft absorbirt wird. Um bei der Vindication die Klagenverjährung in ihrer eigenthümlichen Natur anwenden zu können, ist der Fall so zu denken, daß der Besitzer durch 30jährigen Besitz das Eigenthum nicht erwirbt, und dieser Fall tritt nach römischem Rechte ein, wenn er einen unredlichen Besitz hatte [1377]). In diesem Falle geht nicht das Recht selbst, sondern nur die Klage dem ursprünglichen Eigenthümer verloren, wie daraus hervorgeht, daß, wenn der Besitz nun durch Zufall an einen Dritten, ganz Unberechtigten kommt, der ursprüngliche Eigenthümer gegen diesen vindiciren kann [1378]). Nach kanonischem Rechte kann aber wegen der mala fides desjenigen, welcher 30 Jahre besessen hat, von keiner Klagenverjährung, also der Verjährung der Vindication, die Rede sein. Es kann also die Frage über die stärkere oder schwächere Wirkung der Klagenverjährung heutzutage nur noch bei den persönlichen Klagen aufgeworfen werden. Die naturales obligationes müssen hier außer Betracht bleiben, da sie keine Klage erzeugen, mithin auch von einer Klagenverjährung bei ihnen keine Rede sein kann. Es bleiben mithin nur die civilen Obligationen, d. h. die persönlichen Klagen übrig. Savigny [1379]) macht nun zuvörderst darauf aufmerksam, daß die Vertheidiger der schwächeren sowie die der stärkeren Wirkung bei der Frage die im römischen Rechte von der Entkräftung einer früher wirksamen civilen Obligation gebrauchten Ausdrücke ignorirt hätten. Die verschiedenen Fälle der Entkräftung einer früher wirksamen civilen Obligation seien 1) Aufhebung der Obligation ipso iure (Beispiele: Erfüllung, Confusion, Novátion); 2) Aufhebung per exceptionem, so daß

---

mehren, ebd. Bd. II, S. 319 flg., 337 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. 1, §. 151. Kierulff, Theorie des gem. Civilr. S. 210 flg. Büchel, civilrechtl. Erört. Bd. 1, H. 1. u. 3. Anhang. Bd. II, Anhang Nr. 1. Sintenis, prakt. gem. Civilr. Bd. 1, S. 302 flg.

1377) L. 8. §. 1. C. VII. 39.

1378) L. 8. §. 1. C. cit. verb.: tunc licentia sit priori domino ... eam vindicare ...

1379) Savigny a. a. O. S. 370 flg.

zugleich auch die naturalis obligatio zerstört wird (Beispiele: exceptio pacti, iurisiurandi); 3) Aufhebung per exceptionem, so daß die Obligation dennoch als naturalis obligatio wirksam bleibt (Beispiel: exceptio rei iudicatae). Diejenigen, welche die Wirkung der Verjährung in die Zerstörung des Rechtes selbst setzen, müßten behaupten, die Obligation werde ipso iure aufgehoben; diejenigen, welche die Klage als zerstört ansehen, müßten die Aufhebung per exceptionem behaupten, wobei dann das Schicksal der naturalis obligatio noch unentschieden bliebe. In der That hat aber von den neueren Schriftstellern, mit wenigen Ausnahmen, keiner die Streitfrage verstanden; sie konnte auch nicht im allgemeinen so verstanden werden, weil im römischen Rechte immer von der temporis praescriptio oder exceptio die Rede ist. Von den älteren Schriftstellern hat Donellus[1380]) diesen Weg wirklich, wenn auch nur theilweise, betreten. Er unterscheidet zwischen Klagen, welche durch das Gesetz selbst, welches sie einführte, der Verjährung unterworfen sind (wie die prätorischen Annalklagen) und solchen, bei denen dies durch spätere Gesetze geschehen sei. Bei den ersten nimmt er Untergang ipso iure, bei den anderen per exceptionem an. Er stützt sich dabei hauptsächlich darauf, daß bei jenen Klagen es im Edict heiße: intra annum actionem dabo; woraus folge, daß nach Ablauf des Jahres nulla actio vorhanden, also die bis dahin geltende ipso iure aufgehoben sei. Allein dieser Ausdruck entscheidet nichts, da in dem SC. Velleianum und Macedonianum die Ungiltigkeit mit demselben Ausdrucke bezeichnet wird, diese Ungiltigkeit dort aber unzweifelhaft eine per exceptionem ist[1381]). Die Sache selbst aber findet ihre völlige Widerlegung dadurch, daß selbst bei den prätorischen Annalklagen die Verjährung durch eine annua exceptio geltend gemacht wird[1382]). Die Meinung des Donellus hat unter den Neueren nur wenig Anhänger gefunden[1383]). Die Meisten gehen davon aus, daß die Klagenverjährung nicht ipso iure, sondern per exceptionem wirke, und der wahre Sinn ihrer Streitfrage geht dahin, ob die naturalis obligatio zerstört werde oder bestehen bleibe. Die Entscheidung der aufgestellten Streitfrage ist oft durch Aeußerungen in den Rechtsquellen versucht worden, welche entweder von einer verlorenen actio oder von einer aufgehobenen obligatio sprechen[1384]). Stellen der ersteren

---

1380) Donellus, Comm. iur. civ. Lib. XVI. cap. 8. §. 21. 22. Lib. XXII. cap. 2. §. 18.

1381) L. 2. §. 1. D. 16. 1.: ... ne eo nomine ab his petitio, neve in eos actio detur ... L. 1. pr. D. 14. 6.: ne cui ... actio petitioque daretur.

1382) Vgl. die in Note 1367 angeführten Stellen.

1383) J. W. de Schroeter, Comm. de temporis vi in actionibus et interdictis tollendis. Ien. 1827. und ganz neuerlich Wriez in seinen Pandekten.

1384) Stellen, in welchen blos vom Verluste des Klagrechtes oder von dem Ablaufe der Klagzeit die Rede ist, sind: L. 4. pr. D. 2. 7. L. 3. pr. D. 2. 10. L. 10. pr. D. 2. 11. L. 1. §. 12. L. 3. pr. D. 2. 12. L. 1. §. 1. L. 23. §. 3. D. 4. 6. L. 28. §. 4. D. 5. 1. L. 10. D. 27. 6. L. 2. D. 44. 3. L. 29. D. 46. 2. L. 2. C. de restit. milit. (II. 50. (51.)). L. 1. C. de uxor. milit.

Art sind für die schwächere, Stellen der zweiten Art für die stärkere Wirkung als Beweise angeführt. Man kann dies Verfahren nicht etwa deshalb tadeln, weil den alten Juristen, deren Aussprüche in den Digesten vorliegen, die 30jährige Verjährung unbekannt war; denn nach einer früheren Ausführung des Verfassers dieses Artikels[1385]), welcher auch Savigny beipflichtet, kann das, was die Juristen von der Wirkung der damals als Ausnahme geltenden Klagenverjährung, z. B. der prätorischen Annalklagen, behaupten, unbedenklich auf die erst im neueren Rechte eingeführte 30jährige Verjährung angewendet werden. Jene schwankenden unbestimmten Ausdrücke können aber als Entscheidungen für die vorliegende Frage nicht gelten, da mit der Behauptung einer verlorenen actio sowie einer (durch Exception) aufgehobenen obligatio die Fortdauer oder Zerstörung der naturalis obligatio gleich vereinbar ist, so daß über diesen allein wichtigen Gegensatz durch jene Ausdrücke nichts entschieden wird[1386]). Dagegen ist es wichtiger, die Regel aufzusuchen, nach welcher überhaupt, und auch in anderen Fällen einer per exceptionem aufgehobenen Klage, die Fortdauer oder Aufhebung der naturalis obligatio sich richtet. Eine solche Regel stellen ausdrücklich auf Pomponius, Marcian und Ulpian. Nach ihr sollen die Exceptionen, welche odio creditorum eingeführt sind, die schwächere Wirkung hervorbringen, die zum Vortheile des Schuldners eingeführten die stärkere[1387]). Allein diese Regel, so sicher und bestimmt sie auch aussieht, fördert doch die Entscheidung der Streitfrage nicht. Erstens ist die Anwendung derselben schwankend und unsicher, und es berufen sich in der That beide streitende Parteien darauf. Die Vertheidiger der schwächeren Wirkung thun es, weil die Verjährung eine Strafe der Nachlässigkeit sei; darauf wird nicht mit Unrecht entgegnet, daß die desidia des Klägers weniger um einen Grund der Klagenverjährung anzugeben, als vielmehr um sie zu rechtfertigen, damit sie nicht als etwas Hartes erscheinen möge, erwähnt wird. Die Vertheidiger der stärkeren Wirkung berufen sich auf jene Regel, indem sie den Schutz des Beklagten als Grund der Verjährung angeben; dagegen ist aber zu bedenken, daß dieselbe mehr im Interesse der allgemeinen Ordnung, als zum Schutze einer besonderen Menschenklasse angewendet wird. Noch mißlicher steht es um die Wahrheit jener angeblichen Regel, welche sich in mehreren Fällen der

---

(II. 51. (52.)). Stellen, welche von Aufhebung der obligatio reden, sind: L. 1. §. 1. 2. D. 15. 2. L. 6. D. 44. 7.

1385) Heimbach sen., in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. I, S. 436 flg., 456 flg.

1386) Nicht mit Unrecht macht Savigny a. a. O. S. 375, N. a. mir den Vorwurf, meiner Ansicht über das nicht Entscheidende jener Ausdrücke nicht treu geblieben zu sein, indem ich a. a. O. S. 448 den Ausdruck „tempore liberari" als Beweis ansehe, daß durch die Verjährung das ganze Recht aufgehoben werde. Liberari kommt nämlich auch für eine liberatio per exceptionem mit fortbauernder naturalis obligatio vor. L. 60. D. 46. 1.

1387) L. 19. pr. D. 12. 6. L. 40. pr. D. eod. L. 9. §. 4. D. 14. 6.

Anwendung nicht bewährt[1388]). Die Bildung jener Regel hat sich so zugetragen. Die vorher genannten drei römischen Juristen (unter denen stets Einer dem Anderen hierin gefolgt zu sein scheint) hatten blos zwei einzelne Fälle von verschiedenem praktischen Erfolge vor Augen, die exceptio SC. Macedoniani und Velleiani. Sie suchten daraus eine allgemeine Regel abzuleiten und hielten sich dabei an die Eigenschaften derselben, welche zunächst in die Augen fallen, unbekümmert um die Anwendbarkeit der so gefundenen Regel auf andere, ganz ungleichartige Fälle. Savigny stellt nun statt jener Regel folgende auf. „Da naturalis obligatio überhaupt diejenige sei, welche im ius gentium ihre Wurzel hat, so sei consequenter Weise zu erwarten, daß die sich lediglich auf das ius civile gründenden Exceptionen für eine fortwirkende naturalis obligatio Raum lassen, anstatt daß die schon im ius gentium wurzelnden Exceptionen auch die Zerstörung der naturalis obligatio mit sich führen werden." Zur Bestätigung werden fünf Exceptionen angeführt, welche sich auf das ius civile gründeten und Raum für eine naturalis obligatio ließen, so daß bei ihnen, selbst im Falle der irrigen Zahlung, die condictio indebiti ausgeschlossen sei, nämlich die exceptio SC. Macedoniani, rei iudicatae[1389]), als Retension wegen ius iniquum[1390]), die exceptio beneficii competentiae[1391]) und die Einrede wegen Proceßverjährung[1392]). Als Beispiele der schon im ius gentium begründeten Exceptionen, bei denen es zugleich unzweifelhaft sei, daß keine naturalis obligatio übrig bleibe, daß also das irrig Gezahlte zurückgefordert werden könne, werden angeführt: die exceptio pacti[1393]), doli[1394]) und iurisiurandi[1395]). Als einzige Ausnahme wird die exceptio SC. Velleiani angeführt, welche einen ganz positiven Ursprung habe und dennoch die naturalis obligatio zerstöre. Hier habe man also einen durchgreifenderen Schutz der Frauen, mit Aufopferung der Rechtsanalogie, für nöthig befunden, und diese bestimmte Absicht werde auch in den Worten des Senatsschlusses angedeutet. Diese einzelne, mit Bewußtsein vorgeschriebene, Ausnahme könne die Wahrheit der aufgestellten Regel nicht zweifelhaft machen. Auf Grund jener Regel wird nun angenommen, daß, da die temporalis exceptio ganz dem positiven Rechte, nicht dem ius gentium, angehöre, neben ihr eine naturalis obligatio übrig bleiben müsse. Als unmittelbare Bestätigung dafür wird sich noch auf die so nahe liegende Analogie der alten Proceßverjährung berufen[1396]), und es für willkürlich und unnatürlich gefunden, wenn diese beiden so nahe verwandten Rechtsinstitute

1388) Vgl. Savigny a. a. O. S. 376 flg.
1389) L. 28. 60. pr. D. 12. 6.
1390) L. 3. §. 7. D. 2. 2.
1391) L. 8. 9. D. 12. 6.
1392) L. 8. §. 1. D. 46. 8.
1393) L. 3. §. 11. D. 46. 3. L. 32. §. 1. L. 40. §. 2. D. 12. 6.
1394) L. 65. §. 1. D. 12. 6. L. 7. 8. D. 12. 5.
1395) L. 43. D. 12. 6.
1396) L. 8. §. 1. D. 46. 8.

eine völlig verschiedene praktische Behandlung erfahren sollten[1397]). Gegen diese Ausführung von Savigny ist mit Sintenis[1398]) folgendes zu bemerken. Die von der aufgestellten Regel, daß die lediglich im Civilrechte begründeten Exceptionen eine naturalis obligatio übrig lassen, anerkannte Ausnahme, die exceptio SC. Velleiani, wird durch die von Savigny gegebene Erklärung, dem Princip gegenüber, nicht gerechtfertigt. Auch erscheint die Zahl der zur Bestätigung der Ansicht, daß die lediglich im Civilrechte begründeten Exceptionen eine naturalis obligatio bestehen lassen, angeführten Beispiele bei der ohnehin unter ihnen vorkommenden Ausnahme der exceptio SC. Velleiani zu gering, um jene Ansicht zu beweisen. Dagegen läßt sich die Zahl der Ausnahmen vermehren. Abgesehen, daß es bei der exceptio rei iudicatae immer noch bestritten ist, ob sie eine naturalis obligatio zurückläßt[1399]), und viel mehr dagegen als dafür spricht, ist die exceptio legis Cinciae eine im Civilrechte begründete, läßt aber doch keiner naturalis obligatio Raum, und es wird ausdrücklich gesagt, daß derjenige, welcher contra legem Cinciam obligatus einer persona non excepta gezahlt habe, das Gezahlte zurückfordern könne, und als Grund dafür der allgemeine Satz aufgestellt: eine bezahlte Nichtschuld sei nicht blos, wenn überhaupt keine Schuld existirt, sondern auch wenn eine Schuld wegen einer Einrede (d. h. einer perpetua exceptio) nicht gefordert werden könne; es könne daher derjenige, welcher perpetua exceptione tutus gezahlt habe, das Gezahlte zurückfordern[1400]). Hierdurch wird also das Gegentheil der Voraussetzung Savigny's als allgemeine Regel erklärt, und es erscheint sonach das Uebrigbleiben einer naturalis obligatio als Ausnahme, welche

---

1397) Schon Francke, civil. Abhandl. S. 74 flg. hat sich auf die Wichtigkeit dieser Analogie berufen.

1398) Sintenis, prakt. gem. Civilrecht Bd. 1, S. 303, N. 57.

1399) Dies erkennt selbst Savigny an, welcher auf Grund der L. 28. L. 60. pr. D. 12. 6. die Fortdauer einer naturalis obligatio annimmt (a. a. O. S. 376, N. m.). v. d. Pfordten, im Archiv für civil. Praxis Bd. XXIV, S. 108—153 erklärt sich gegen die Fortdauer einer solchen obligatio. Denn es sind andere Stellen, welche sich dagegen aussprechen (z. B. L. 13. D. 20. 6.). Pfordten findet die Lösung der Streitfrage und Beseitigung aller Schwierigkeiten darin, daß man die L. 60. D. 12. 6. auf einen Fall bezieht, wo in einem legitimum iudicium mit einer formula in ius geklagt war, die L. 13. D. 20. 6. aber auf einen derjenigen Fälle, wo Litiscontestation und Urtheil nur durch exceptio wirkten. Mit dem Verschwinden des Gegensatzes der iudicia legitima und quae imperio continentur habe die Wirkung des Urtheils ipso iure aufhört; im §. 5. Inst. IV. 13. werde ausdrücklich gesagt, daß das Urtheil immer ope exceptionis wirke; die exceptio rei iudicatae sei das allgemeine Schutzmittel. Die L. 60. pr. D. 12. 6. gehöre, insofern sie eine Fortdauer der naturalis obligatio anerkenne, lediglich der Rechtsgeschichte an.

1400) Vat. fragm. §. 266.: Indebitum solutum accipimus, non solum si omnino non debebatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est, perpetuam exceptionem. Quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit. Unde, si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici, repetere eum posse.

also stets auf besonderen Gründen beruhen muß. Hiermit fällt dann auch die Anwendung der Voraussetzung, welche in dem Schlusse beruht, daß, weil die temporalis exceptio ganz dem positiven Rechte angehöre, neben ihr eine naturalis obligatio übrig bleiben müsse. — Savigny macht zur entfernteren Bestätigung der von ihm vertheidigten schwächeren Wirkung der Klagenverjährung noch geltend, daß, da allgemein anerkannt sei, daß für die ursprüngliche naturalis obligatio eine Verjährung niemals eintreten könne, es ganz grundlos und unnatürlich sei, denjenigen Gläubiger, welcher durch Verjährung seine Klage verloren hat, in eine nachtheiligere Lage zu versetzen, als den, welcher niemals eine Klage hatte. Dies muß aber darum bestritten werden, weil der letztere gar nicht selbstständig, sondern nur bei zufälliger Gelegenheit sein Recht geltend machen kann, der erstere aber 30 Jahre dazu Zeit hat. Der Verfasser dieses Artikels hat die stärkere Wirkung der Klagenverjährung durch eine Stelle Ulpian's[1401]) zu erweisen gesucht[1402]). Die actio doli wird, weil sie Infamie des Verurtheilten zur Folge hat, nur da zugelassen, wo dem Betrogenen nicht auf eine schonendere Weise zur Abwendung des Schadens geholfen werden kann. Sie wird daher ausgeschlossen durch jede, denselben Zweck erfüllende, andere Klage oder Exception. Ist also durch Betrug eine Stipulation bewirkt worden, so hat der Betrogene deshalb nicht die doli actio, weil ihn die doli exceptio gegen die actio ex stipulatu des Betrügers, welche ihm allein schaden könnte, vollkommen sichert. Sogar wenn er zu seinem Schutze eine andere Klage hatte, diese aber untergehen ließ, wird ihm die actio doli versagt, weil es nur seine eigene Schuld ist, wenn er ohne Schutz bleibt. Nur in dem Falle wird ihm doch die doli actio verstattet, wenn er durch des Gegners Betrug verleitet wird, die Verjährungszeit ablaufen zu lassen, weil nun die Ursache des Verlustes nicht in der Nachlässigkeit, sondern in dem Betruge liegt. Hieraus haben wir nun so geschlossen: Wäre bei dieser verjährten Klage eine naturalis obligatio übrig geblieben, welche immer eine Exception zur Folge hat, so würde der Betrogene durch diese Exception gegen Nachtheil geschützt sein, also die doli actio nicht haben; da er sie in der That haben soll, so folgt daraus, daß eine Exception, also auch eine naturalis obligatio, nicht vorhanden sein kann. Savigny[1403]) macht dieser Beweisführung folgende Verwechselung zum Vorwurfe. Wenn der Prätor die doli actio wegen einer concurrirenden Exception versage, so meine er damit eine Exception, die wirklich schützt, „qua se tueri possit", von welcher Art nicht nur die doli exceptio, sondern auch viele andere Exceptionen seien, welche denselben Dienst viel bequemer leisten könnten, weil der Beweis des Betruges vermieden werde, z. B. die exceptio SC. Velleiani, Macedoniani, L. Cinciae,

---

1401) L. 1. §. 4. 6. D. 4. 8.
1402) Heimbach sen. a. a. O. S. 440—442.
1403) Savigny a. a. O. S. 383 flg.

L. Plaetoriae u. s. w. Diese Natur hätten aber durchaus nicht die Exceptionen, welche höchst zufälliger Weise infolge einer naturalis obligatio vielleicht einmal künftig gebraucht werden können. Gesetzt also, der Gläubiger, welcher durch des Gegners Betrug verleitet worden war, die Verjährungszeit verstreichen zu lassen, hatte wirklich noch eine naturalis obligatio übrig, so habe ihm doch unmöglich der Prätor die doli actio versagen können, indem er ihn darauf vertröstete, der Zufall werde vielleicht einmal eine Compensation herbeiführen oder der Schuldner werde vielleicht aus Irrthum Zahlung leisten. Vielmehr hätte der Prätor in einem solchen Falle die doli actio wirklich zulassen müssen, obgleich eine naturalis obligatio noch nach dem Ablaufe der Verjährung übrig geblieben war. Wir können unsere Argumentation durch diese Ausführung nicht für widerlegt halten. Ist denn etwa die infolge einer naturalis obligatio zustehende exceptio compensationis nicht auch eine exceptio, qua se tueri possit? Es wäre bei dem allgemeinen Ausdrucke, den der Jurist braucht, doch bedenklich, hier nur an Exceptionen der von Savigny angeführten Art zu denken, umsomehr, da jene Worte vermöge der Subsidiarität der actio doli doch in möglichst weitem Sinne verstanden werden müssen. Und ist denn nicht die Lage dessen, welcher eine der von Savigny genannten Exceptionen hat, und desjenigen, welcher auf Grund einer naturalis obligatio eine exceptio compensationis hat, insofern gleich, als beide warten müssen, bis gegen sie geklagt wird, also auch der Gebrauch einer Exception, wie der exceptio SC. Macedoniani, davon abhängt, daß der Gläubiger klagt? — Man wendet sich nun, nach dieser Erörterung der Frage über die Fortdauer der naturalis obligatio aus dem Standpunkte allgemeiner Gründe, zu der Untersuchung der einzelnen Wirkungen, welche nicht blos das praktisch wichtigste Moment der Frage enthalten, sondern in welchen auch vorzugsweise die letzte Entscheidung des Streites zu suchen ist. Als positive Wirkungen der naturalis obligatio kommen vor: solutum non repetere, d. h. die Ausschließung der condictio indebiti im Falle einer aus Irrthum geleisteten Zahlung, Compensation, Novation, Bürgschaftsbestellung, Constitutum und Pfandrecht. Vorauszuschicken ist die Bemerkung, daß der Ausdruck tempore liberari in mehreren hierher gehörigen Stellen vorkommt und dadurch die Auslegung derselben unsicher wird. Abgesehen davon, daß dieser Ausdruck schon an sich vieldeutig ist, indem er möglicher Weise außer der Klagenverjährung auch die Proceßverjährung oder auch den durch eine lex Furia bestimmten Untergang mancher Bürgschaften durch zweijährige Dauer[1404]) bezeichnen kann, wird er für unsere Einsicht in den wahren Sinn jener Stellen dadurch noch mehr hinderlich, daß die beiden zuletzt erwähnten Rechtsinstitute im Justinianeischen Rechte keine Geltung mehr haben, weshalb die von ihnen ursprünglich redenden Stellen der alten Juristen auf eine für uns un-

---

1404) Gai. Inst. Comm. III. §. 121.

bestimmbare Weise interpolirt worden sein mögen. 1) Was die Frage betrifft, ob nach Verjährung der Schuldklage das für die Schuld bestellte Pfandrecht fortdauert, so wird der entscheidendste Beweis dafür von den Vertheidigern der schwächeren Wirkung der Klagenverjährung in den unbestrittenen Regeln über die eigenthümliche Verjährung der hypothekarischen Klage gefunden. Nachdem nämlich die 30jährige Verjährung aller Schuldklagen eingeführt war, blieb dennoch die hypothekarische Klage gegen den Schuldner und dessen Erben noch lange Zeit unverjährbar [1405]; endlich wurde sie zwar der Verjährung unterworfen, aber nur der von 40 Jahren [1406]. Es wird hieraus abgeleitet, daß nach verjährter Schuldklage eine naturalis obligatio fortbestehe, sonst würde das Pfandrecht und die Pfandklage nicht fortdauern können. Die Vertheidiger der stärkeren Wirkung haben dieses Argument auf verschiedene Weise zu entkräften versucht. Zuerst hat der Verfasser dieses Artikels gesagt, die 40jährige Verjährung der hypothekarischen Klage gehe nur auf Pfänder für Schulden, welche ursprünglich bloße naturales obligationes waren, also selbst keiner Verjährung unterlagen [1407]. Diese Meinung müssen wir selbst jetzt als unhaltbar erkennen. Die ursprünglichen naturales obligationes bestehen in so seltenen, für den Zusammenhang des ganzen Verkehrs ganz unbedeutenden Verhältnissen, daß es für sie einer so ausführlichen, sehr in das Einzelne gehenden Gesetzgebung, wie die über die Verjährung der hypothekarischen Klage ist, nicht bedurft hätte. Ein zweiter Versuch zur Entkräftung jenes Argumentes besteht darin. Es soll in jenen Verjährungsgesetzen eine Schuldklage vorausgesetzt sein, deren Verjährung verhindert worden ist, entweder durch Ausstellung eines neuen Schuldscheines oder durch Anstellung der Schuldklage [1408]. Beides kann aber nicht gebilligt werden; denn durch Ausstellung eines neuen Schuldscheines wird die Verjährung nicht nur der persönlichen, sondern auch der hypothekarischen Klage unterbrochen [1409]; dasselbe ist der Fall mit der Anstellung der Schuldklage, welche ebenfalls die Verjährung beider Klagen zugleich unterbricht [1410]. Ein dritter und unseres Erachtens gelungener Versuch zur Entkräftung jenes Argumentes ist von Büchel gemacht worden [1411]. Es wird hier

---

1405) L. 3. C. VII. 39.

1406) L. 7. C. VII. 39.

1407) Heimbach sen. a. a. O. S. 457—460.

1408) Donellus, Comm. iur. civ. Lib. XVI. Cap. 26. §. 8—10. und Comm. in Cod. in L. 2. C. de luit. pign. p. 372.

1409) L. 7. §. 5. C. VII. 39. Kierulff, Theorie S. 214 sucht dieser Erklärung eine neue Stütze durch die Voraussetzung, daß in dem neuen Schuldscheine dem Pfandrechte ausdrücklich widersprochen worden sein könne, zu geben. Es läßt sich aber nicht denken, daß die ganze wichtige Gesetzgebung über Verjährung der hypothekarischen Klage blos mit Rücksicht auf einen so verwickelten Fall erlassen worden sei.

1410) L. 3. C. VII. 40.

1411) Büchel a. a. O. S. 40—61.

die Fortdauer des Pfandrechtes nach verjährter Schuldklage zugegeben und nur der Rückschluß auf die fortdauernde naturalis obligatio bestritten. Dabei geht man davon aus, daß auch in mehreren anderen Fällen eine Fortdauer des Pfandrechtes, abweichend von allgemeinen Grundsätzen angenommen wird, blos mit Berufung auf den Buchstaben des Servianischen Edicts: nisi solutum vel satisfactum sit; die hypothekarische Klage sollte nach diesen Worten so lange fortdauern, bis der Gläubiger Zahlung empfangen oder in die Aufhebung gewilligt hätte. Da nun nach eingetretener Klagenverjährung keine dieser beiden Thatsachen behauptet werden kann, so wird mit Hilfe des Buchstabens des Edicts die hypothekarische Klage aufrecht erhalten, obgleich gar keine Schuld, nicht einmal eine naturalis obligatio, mehr vorhanden ist. Dagegen wendet Savigny[1412]) folgendes ein. Er giebt das Dasein mehrerer Fälle der Anwendung dieses Verfahrens zu, behauptet aber, diese seien sämmtlich so beschaffen, daß darin dem subtilsten Buchstaben des Civilrechtes gegenüber eine ganz einleuchtende aequitas geschützt werden soll. Ein solcher Schutz würde im Nothfalle durch außerordentliche Rechtsmittel, z. B. durch Restitution, gewährt werden, und nur um diese entbehrlich zu machen, hätten die alten Juristen jene subtile Behandlung des Edicts angewendet. Diese Art der Nothwehr werde angewendet gegen Confusion, wenn der Pfandgläubiger das Eigenthum des Pfandes erworben habe[1413]); ferner bei dem SC. Velleianum, wenn eine Frau expromittirt, wo es der Restitution der alten Klage gegen den alten Schuldner für den Gläubiger eigentlich bedarf, welche aber für die hypothekarische Klage nicht nöthig sein soll, indem hier die buchstäbliche Anwendung des Edicts aushelfe[1414]); endlich wenn ein Pfandgläubiger von seinem Schuldner zum Erben eingesetzt wird, aber die ganze Erbschaft als Fideicommiß restituirt. Im letzten Falle sei eigentlich sowohl die Schuld als das Pfand durch Confusion erloschen, aber offenbar gegen die aequitas, weil nach der Absicht der Fideicommißgesetze in einem solchen Falle alle Folgen des Erbschaftserwerbes für den Erben vertilgt werden sollten; daher werde unter anderen die hypothekarische Klage, mit Hilfe des Buchstabens jenes Edicts, aufrecht erhalten, aber auch ausdrücklich bemerkt, daß hieraus die Fortdauer einer naturalis obligatio zu erkennen sei[1415]). Im Vergleich mit diesen Fällen vindicirt Savigny dem Falle der eingetretenen Klagenverjährung eine ganz verschiedene, ja entgegengesetzte Natur, indem die Gegner gerade behaupteten, daß durch die Verjährung auch die naturalis obligatio aufgehoben werde, was nichts Anderes sagen wolle, als daß die Aufhebung nicht nur zum allgemeinen Besten, sondern selbst im Einverständniß mit dem

---

1412) Savigny a. a. O. S. 392 flg.
1413) L. 30. §. 1. D. 44. 3.
1414) L. 13. §. 1. D. 16. 1.
1415) L. 59. pr. D. 36. 1.

ius gentium, der aequitas, geschehe. Wenn aber dieses, so sei gar kein Grund vorhanden, den Buchstaben des Edicts gegen die vollständige Ausführung dieser aequitas in das Feld zu führen, ein Verfahren, welches ohnehin höchstens als Abwehr des subtilsten Civilrechtes erträglich gefunden werden könne. Wir können die Ausführung von Büchel durch diese Deduction Savigny's nicht für widerlegt erachten. Zuvörderst ist noch ein Fall zu erwähnen, wo das Pfandrecht, ungeachtet die Verbindlichkeit, zu deren Sicherheit es dient, nach Civilrecht erloschen ist, doch fortdauert, nämlich der, wenn ein Bürge, welcher für seine Bürgschaft zugleich ein Pfand bestellt, den Hauptschuldner zum Erben einsetzt. Hier erlischt zwar die Bürgschaftsverbindlichkeit durch Confusion, das Pfandrecht aber dauert fort[1416]). Auch dies läßt sich nur aus der buchstäblichen Anwendung des Edicts erklären. Wenn es nun feststeht, daß nach dem Edicte die hypothekarische Klage nicht anders erlosch, als wenn der Gläubiger bezahlt oder sonst befriedigt, oder er doch mit seinem Willen nicht befriedigt ist, so daß also die Pfandklage und damit das Pfandrecht bestehen bleibt, wenn die Hauptobligation durch einen vom Willen des Gläubigers unabhängigen Umstand erlischt und dieser Grundsatz des Edicts in einer Reihe von Fällen wirklich zur Anwendung gebracht worden ist, so kann man doch nicht mit Savigny blos Specialitäten, sondern nur Anwendungen eines allgemeinen Grundsatzes erblicken. Eine solche Anwendung dieses Grundsatzes enthält nun auch die Fortdauer der hypothekarischen Klage nach verjährter Schuldklage, welche sich hieraus genügend erklärt, ohne daß man die Fortdauer einer naturalis obligatio nach Verjährung der Schuldklage anzunehmen nöthig hat. Ebenso erklärt sich daraus das ebenfalls von den Vertheidigern der schwächeren Wirkung für ihre Ansicht angezogene Rescript Gordian's[1417]), wo es heißt: Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota. Dieses Rescript ist häufig von der Klagenverjährung verstanden worden; sie kann doch aber ebensogut von jedem anderen Falle verstanden werden, wo das Klagrecht durch einen vom Willen des Gläubigers unabhängigen Umstand vernichtet worden ist. Nach einer Stelle von Paulus[1418]) kann, wenn ein verpfändeter Sclave von einem Dritten getödtet wird, außer dem Eigenthümer auch der Pfandgläubiger die actio legis Aquiliae anstellen, insofern er ein Interesse am Tode des Sclaven hat; ein solches Interesse wird als vorhanden anerkannt, wenn der Schuldner nicht zahlungsfähig sei oder quod litem tempore amisit. Savigny findet hierin unzweifelhaft ausgesprochen, daß der Verlust der Schuldklage durch Zeitablauf das Pfandrecht nicht zerstört, hält aber die Stelle deshalb für nicht ganz entscheidend, weil es ungewiß bleibe, ob der Jurist dabei an die Klagenverjährung

---

1416) L. 38. §. 5. D. 46. 3.
1417) L. 2. C. de luit. pign. (VIII. 30. (31.)).
1418) L. 30. §. 1. D. 9. 2.

oder an die alte Proceßverjährung gedacht habe; er glaubt jedoch, daß seine Entscheidung für beide Fälle gleich richtig und anwendbar sei. Die Stelle findet aber, ohne daß man nöthig hat, die Fortdauer des Pfandrechtes nach Verlust der Schuldklage auf eine übrig bleibende naturalis obligatio zu stützen, ihre hinreichende Erklärung durch die Anwendung der angeführten Stelle des Servianischen Edicts. Pomponius erzählt folgenden Fall. Zehn Tage vor Ablauf der Verjährung einer Schuldklage expromittirt ein Minderjähriger und erhält nachher gegen diese Handlung Restitution. Hier soll der Gläubiger ganz in die frühere Lage zurückversetzt werden. Es werden ihm daher die noch übrigen 10 Tage zur Anstellung der Schuldklage verstattet; auch bleibt das von dem früheren Schuldner bestellte Pfandrecht giltig[1419]). Savigny folgert daraus, daß die Herstellung des durch die Expromission eigentlich ganz zerstörten Pfandrechtes infolge der Restitution ohne alle Einschränkung anerkannt wird, es solle der nahe Ablauf der 10 Tage nur auf die Schuld, nicht auf das Pfand Einfluß haben. Dieser Folgerung kann man nicht beitreten. In dem Falle, wenn eine Frau expromittirt hat und der Gläubiger, weil dieselbe durch die exceptio SC. Velleiani geschützt ist, eine actio restitutoria gegen den alten Schuldner erhält, wird das Pfandrecht infolge der buchstäblichen Anwendung des Servianischen Edicts: quia verum est, convenisse de pignore, nec solutam esse pecuniam, erhalten[1420]). Dasselbe muß auch analog in dem Falle gelten, wenn ein Minderjähriger gegen eine von ihm geschehene Expromission restituirt wird und der Gläubiger seine Klage gegen den alten Schuldner infolge dieser Restitution wieder erhält. 2) Was die Bürgschaft anlangt, so kommen hier dieselben zwei Fragen vor, wie bei dem Pfandrechte; Giltigkeit der für eine schon verjährte Schuldklage geleisteten Bürgschaft; Fortdauer der Bürgschaft, welche vor Ablauf der Verjährung geleistet wird. Die schon erwähnte Vieldeutigkeit tritt der von der Befreiung durch Zeit redenden Stelle hindernd in den Weg. Folgende Stelle von Paulus, welche sich auf den angegebenen ersten Fall, wenn nach Ablauf der Zeit Bürgschaft geleistet wird, bezieht, ist die wichtigste: Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, non tenetur; quoniam erroris fideiussio nulla est[1421]). Wir selbst haben diese Stelle von der Klagenverjährung verstanden und sie als Beweisstelle für die stärkere Wirkung derselben angeführt[1422]), ohne auf dieselbe großes Gewicht zu legen. Auch Savigny[1423]) versteht sie von der Klagenverjährung, gebraucht sie aber umgekehrt als Beweis für die schwächere Wirkung derselben. Er sagt: „Der von einem durch Verjährung bereits befreiten Schuldner gegebene Bürge sei an sich (ipso

1419) L. 50. D. 4. 4.
1420) L. 13. §. 1. D. 16. 1.
1421) L. 37. D. 46. 1.
1422) Heimbach sen. a. a. O. S. 446.
1423) Savigny a. a. O. S. 398.

iure) wohl verpflichtet; da er aber die Exceptionen des Hauptschuldners mit genieße, so mache er sich durch die temporis praescriptio desselben frei (non tenetur, nämlich cum effectu). Dabei werde jedoch vorausgesetzt, daß er die abgelaufene Verjährung nicht kannte; denn wenn er sie kannte, so habe er ohne Zweifel gerade mit Rücksicht auf sie die Bürgschaft geleistet, und dann müsse seine temporis praescriptio durch die doli replicatio ausgeschlossen werden. Wären nicht die letzten Worte: quoniam erroris fideiussio nulla est, so könnte die Stelle ebenso ungezwungen aus der Meinung der Gegner erklärt werden; nun würde nämlich das „non tenetur" so zu verstehen sein: ipso iure non tenetur wegen der zerstörten naturalis obligatio. Dieser Erklärung ständen aber die letzten Worte entgegen, da unter dieser Voraussetzung der Irrthum durchaus ohne Einfluß sein würde." Wir legen auf diese Stelle auch jetzt noch kein sonderliches Gewicht, glauben aber doch, daß daraus für die schwächere Wirkung der Klagenverjährung nichts abgeleitet werden kann. Denn da die Obligation infolge der Verjährung der Schuldklage per exceptionem zerstört wird, so ist nicht einzusehen, warum nicht ein Bürge sich solle für eine bereits verjährte Schuld, deren Verjährung ihm bekannt ist, wirksam verbürgen können, da es ihm ja freisteht, sich mit Rücksicht auf eine gewisse aus der Person des Hauptschuldners drohende Einrede zu verbürgen. Noch sind andere Stellen auf die Klagenverjährung bezogen worden[1424]); sie scheinen aber doch nicht hierher zu gehören. 3) Auch für die Wirksamkeit des Constitutum kommen dieselben zwei Fragen vor, wie bei dem Pfandrechte, je nachdem dasselbe nach oder vor Ablauf der Verjährung geschlossen worden ist. Wir haben uns bereits an einem anderen Orte darüber ausgesprochen[1425]), worauf wir uns beziehen. Savigny[1426]) hält in beiden Fällen das Constitutum für giltig, weil dasselbe überhaupt nur eine naturalis obligatio als Grundlage fordert. Wir haben die Ungiltigkeit des nach Verjährung der Klage eingegangenen Constitutum behauptet, wogegen Savigny meint, daß nach der Meinung der Vertheidiger der stärkeren Wirkung, wenn sie consequent durchgeführt werden soll, dasselbe in beiden Fällen ungiltig sein müßte. Er will die hier einschlagende Stelle[1427]) gar nicht von der Klagenverjährung verstehen, obschon der Ausdruck temporalis

---

1424) Die hierher auch von uns bezogene L. 38. §. 4. D. 46. 3. geht nach Savigny a. a. O. S. 400, N. h. nicht auf Klagenverjährung, sondern entweder auf Proceßverjährung oder auf die lex Furia; denn Africanus habe doch blos an die Verjährung der prätorischen Annalklagen denken können; da aber diese utile tempus hatten, wobei die Zeit der Abwesenheit ipso iure abgerechnet wurde, so habe es an Veranlassung zu einer Restitution gefehlt. — L. 29. §. 6. D. 17. 1. L. 69 D. 46. 1. L. 71. §. 1. D. 46. 3. sprechen von einem fideiussor tempore liberatus. Savigny bezieht sie auf die lex Furia; nur durch Interpolation seien sie unverständlich gemacht worden.

1425) Heimbach a. a. O. S. 443 flg.

1426) Savigny a. a. O. S. 401 flg.

1427) L. 18. §. 1. D. 13. 5.

actio zweimal darin vorkommt, weil die zweite Hälfte der Stelle Ausdrücke enthielte, welche niemals ein alter Jurist von der bloßen Verjährung der Klagen gebraucht habe, und glaubt, daß Ulpian darin geradezu von einem Falle der lex Furia gesprochen habe, und die Dunkelheit der Stelle dann dadurch entstanden sei, daß die Compilatoren die von einem verschwundenen Rechtsinstitute redende Stelle aufgenommen und dieses durch Interpolation zu verstecken gesucht haben, namentlich die Worte temporali actione und temporalis actionis an die Stelle derjenigen Ausdrücke eingeschoben worden seien, wodurch ursprünglich der Jurist seinen ganz anderen Gedanken bezeichnet hatte. Diese Vermuthung ist aber zu gewagt, als daß man ihr beitreten könnte. Savigny hat aber noch einen anderen Grund, warum er die Stelle nicht von der Klagenverjährung versteht. Ulpian sagt nämlich: damit das Constitutum giltig sei, muß die zu Grunde liegende Obligation giltig sein; aber es ist hinreichend, daß sie es sei zu der Zeit, worin das Constitutum geschlossen wird. Ist also die Giltigkeit der Obligation auf Zeit beschränkt und wird constituirt vor Eintritt des Zeitpunktes, so bleibt das Constitutum auch nachher giltig. Ja selbst wenn in dem Constitutum die Zahlung ausdrücklich auf einen nach Untergang der ersten Obligation fallenden Zeitpunkt versprochen wird, so ist und bleibt es dennoch giltig. Damit schließt Ulpian's Ausspruch; es liegt aber im Hintergrunde der nicht ausgedrückte Satz, daß das Constitutum ungiltig sei, wenn es geschlossen werde erst nach dem Zeitpunkte, mit welchem die erste Obligation aufgehört hat. Savigny sagt nun: verstehe man die Stelle überhaupt von der Verjährung, so würde sich Ulpian in dieser besonderen Anwendung halb für die eine, halb für die andere der streitenden Parteien erklären. Dieses ist der andere Grund, warum er die Stelle nicht von der Klagenverjährung versteht. Wir können uns nur auf das an einem anderen Orte über diese Stelle von uns Bemerkte beziehen und dasselbe durch Savigny's Ausführung für nicht widerlegt achten; auch finden wir in Ulpian's Entscheidung keinen Widerspruch, sondern nur eine einfache Folgerung des von ihm aufgestellten Satzes: Quod adiicitur, eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum efficit, ut si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. — Darüber endlich, ob eine verjährte Schuld sich noch zur Compensation eigne, noch novirt werden könne und ob die aus Irrthum gezahlte verjährte Schuld zurückgefordert werden könne, haben wir keine Aussprüche der Quellen.

C. Ausnahmen der Klagenverjährung. Da theils von dem Stillstande der Verjährung, theils von deren Unterbrechung schon früher in diesem Artikel, namentlich mit Bezug auf die Klagenverjährung, gehandelt worden ist, so genügt es darauf zu verweisen. Die bei vielen einzelnen Klagen geltenden abweichenden Verjährungsfristen gehören in den speciellen Theil des Systems und sind auch bei mehreren

Klagen in einem früheren Artikel dieses Werkes angegeben[1428]). Gänzlich unverjährbar sind nach römischem Rechte: 1) die Klage auf Steuerreste[1429]); 2) die Klage einer Stadt gegen Curialien, welche sich den Pflichten ihres Standes entziehen[1430]); 3) die vindicatio in libertatem, wenn ein angeblich Freier bisher im Sclavenstande gelebt hat[1431]); 4) die Vindication eines Colonen von Seiten des Grundherrn[1432]). Diese Ausnahmen kommen im heutigen Rechte entweder nicht mehr vor oder sie sind (bei den Steuern) nicht mehr anerkannt. — Noch ist die Frage zu berühren, ob ein Vertrag zulässig sei, wodurch die Verjährung ganz ausgeschlossen oder in ihren Bedingungen oder Wirkungen modificirt werden soll. Ein solcher Vertrag läßt sich vor oder nach Ablauf der Verjährung denken. Manche halten einen solchen Vertrag vor Ablauf der Verjährung, z. B. gleich bei Abschluß des Rechtsgeschäftes, worauf sich künftig eine Klagenverjährung beziehen könnte, für ganz unwirksam[1433]). Sie berufen sich darauf, daß die Verjährung in dem Sinne iuris publici sei, daß sie der Privatwillkür entzogen sei, auf dieselbe Weise, wie die ihr nicht unähnlichen Regeln und Formen des Processes und wie die Natur des Eigenthums, welches auch nicht durch Vertrag zu einem unveräußerlichen Rechte gemacht werden könne. Dagegen behaupten Andere die Zulässigkeit und Wirksamkeit eines solchen Vertrages[1434]), und wir selbst sind dieser Meinung in diesem Artikel aus den dort angegebenen Gründen beigetreten. Die Analogie der Regeln und Formen des Processes paßt nicht; denn auch diese sind der Abänderung durch Compromiß der Parteien unterworfen, soweit sie nicht wirklich iuris publici sind, wie z. B. das Instanzenverhältniß und die Gerichtsorganisation als Theile des ius publicum durch die Parteien nicht geändert werden können.

D. Anwendung der Verjährung auf Exceptionen[1435]). Noch ist die Frage zu beantworten, ob die Verjährung auch auf Exceptionen, also zum Vortheile des Klägers anzuwenden sei. Diese Frage läßt sich auch so ausdrücken, ob die Verjährung in Gestalt einer temporis replicatio geltend gemacht werden könne. Zuvörderst müssen hier zwei Fälle ausgeschieden werden. Erstens giebt es Fälle, in welchen eine Exception nur mit Hilfe einer Restitution erlangt werden kann. Da nun jede Restitution an eine bestimmte Frist gebunden ist, so pflegt man zu sagen, daß in diesen Fällen die Exception einer kurzen Verjährung

---

1428) Vgl. den Artikel Actio.
1429) L. 6. C. VII. 39.
1430) L. 5. C. VII. 39.
1431) L. 3. C. VII. 22.
1432) L. 23. pr. C. de agric. (XI. 48. (47.)).
1433) Z. B. Savigny a. a. O. S. 411 flg.
1434) Z. B. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1, §. 28.
1435) Vgl. besonders Savigny a. a. O. §. 253—255, S. 413—437. Siehe auch den Artikel Einrede Bd. III, S. 700 flg.

unterliege. Es ist jedoch eine unrichtige Auffassung, hier die Verjährung auf die Exception zu beziehen, da sie vielmehr lediglich zur Restitution als solcher gehört, bei welcher es dann ganz gleichgiltig ist, ob sie zur Vermittelung einer Klage, Exception, Replik dienen soll oder irgend eines anderen Rechtes, da sie überall dieselbe Natur hat, nämlich die einer durchgreifenden Veränderung des vorhandenen Rechtszustandes aus exceptionellen Gründen. Zweitens hat man die exceptio non numeratae pecuniae mit hereingezogen, für deren Gebrauch bekanntlich eine Frist von zwei Jahren vorgeschrieben ist. Diese Frist bezieht sich aber weniger auf die Exception als solche, als auf die eigenthümliche Regel über den Gebrauch von Beweisurkunden. Was nun die eigentlichen Exceptionen selbst betrifft, so hält Savigny sie ohne Ausnahme für unverjährbar. Es sind drei Klassen möglicher Fälle zu unterscheiden. 1) Exception ohne Klage; 2) Exception und Klage nebeneinander; 3) Klage ohne Exception. Erste Klasse. Exception ohne Klage. Die Beurtheilung dieser Fälle ist am wenigsten schwierig, auch niemals streitig gewesen. Denn es kann denjenigen nicht die Strafe der Nachlässigkeit treffen, welcher gar nicht thätig sein konnte, da die Anstellung oder Unterlassung der Klage ganz von des Gegners Willkür abhängt. Wenn er auch durch Provocation den Gegner zur Klage zwingen kann, so darf doch dieses außerordentliche Rechtsmittel, welches die neuere Praxis als bloße Nothhilfe und zugleich als eine bloße Wohlthat für den Provocanten eingeführt hat, nicht auf solche Weise in den Rechtsverkehr eingreifen, daß der unterlassene Gebrauch desselben als Nachlässigkeit angesehen und bestraft werden könnte, indem dadurch diese Wohlthat sehr gefährlich werden würde[1436]). Zweite Klasse. Exception und Klage nebeneinander. Gewöhnlich wird dieser Fall so gedacht, daß der Berechtigte zwischen diesen beiden Rechtsmitteln die Wahl habe und daß er durch jedes denselben Zweck erreichen kann, und hierauf wird von Vielen die Meinung gestützt, daß die Vernachlässigung der Klage auch den Verlust der damit identischen Exception herbeiführen müsse. Savigny findet diese Auffassung aus mehreren Gründen verwerflich. Zuerst könnten niemals Klage und Exception gleichzeitig anwendbar sein, als Gegenstände freier Wahl des Berechtigten, da der Gebrauch der Exception stets nur durch die Erhebung der Klage von Seiten des Gegners herbeigeführt werden könne. Der wahre Sinn jener scheinbaren Concurrenz liege nur darin, daß neben meinem wirklich vorhandenen Klagrechte, welches jederzeit nach Willkür gebraucht werden kann, zugleich alle factischen Bedingungen für eine Klage des Gegners, und für meine Exception, wenn diese Klage angestellt werden sollte, vorhanden seien. Es sei also ein großer Unterschied zwischen einem solchen Falle und der Concurrenz der Klagen; bei dieser habe der Berechtigte wirklich die Wahl

---

1436) Unterholzner a. a. O. Bd. 2, §. 157, S. 23. Savigny a. a. O. S. 418, N. g. A. M. ist Kori, Verjährung S. 90.

zwischen zwei gleichartigen Thätigkeiten und unthätigem Abwarten. Zweitens sei auch die angebliche Identität des Zweckes nur ungefähr wahr, nämlich nur wenn man auf den letzten äußeren Erfolg sehe, nicht auf die wahre juristische Wirkung, welche, wenn ich den Proceß gewinne, bei der Klage in der Verurtheilung des Gegners, bei der Exception in meiner eigenen Freisprechung, also in zwei juristisch ganz verschiedenen Ereignissen, bestehe. Man wird die Deduction Savigny's als richtig zugeben müssen, ohne dem von ihm aufgestellten Endresultate beitreten zu müssen. Savigny hält die Streitfrage über die stärkere oder schwächere Wirkung der Klagenverjährung hier für einflußlos, indem sich die bisher vorhandene Exception auch als ein selbstständiges Recht, unabhängig von der daneben stehenden Klage denken lasse. Er untersucht vielmehr, ob das Institut der Klagenverjährung an sich selbst, nach seinem eigenen Geiste und Zwecke, zu einer analogen Anwendung auf die Exceptionen geeignet sei und hält diesen Standpunkt für den einzigen, der zu einer befriedigenden Lösung der vorliegenden Streitfrage führe. Die Annahme, daß die Nachlässigkeit, welche den allgemeinsten Grund zur Verjährung bildet, auch hier wahrzunehmen sei, da in der That der Berechtigte klagen konnte und nicht geklagt habe, theilt er nicht, indem dieser Schein bei folgender genauerer Betrachtung verschwinde. Die Nachlässigkeit, woraus die Klagenverjährung entspringe, bestehe darin, daß der Berechtigte unterlasse, den ihm entzogenen Genuß eines Rechtes durch Klage wieder zu gewinnen; derjenige aber, von welchem hier die Rede sei, habe im wesentlichen den Genuß seines Rechtes, und die Klage, welche er verjähren ließ, hätte ihm für diesen Genuß eigentlich nur eine andere und vollständigere Rechtsform verschaffen können, ohne seinen Zustand wesentlich zu verbessern. Auf denselben Erfolg führe die genauere Betrachtung der Lage, worin sich der Gegner befindet. Der erste und allgemeinste Zweck der Klagenverjährung gehe dahin, daß der factische Zustand, sowie er viele Jahre hindurch ohne Anfechtung bestanden hat, vollkommene Rechtssicherheit erlange. In den Fällen aber, von welchen hier die Rede sei, habe derjenige, welcher jetzt die Verjährung der Exception in Anspruch nehmen möchte, den ruhigen Genuß eines solchen factischen Zustandes noch gar nicht gehabt; es sei stets ein zweideutiges, unentschiedenes Verhältniß gewesen, welches auch ihn habe veranlassen können, schon früher mit einer Klage aufzutreten, wenn auch die Verjährungszeit dieser Klage jetzt noch nicht abgelaufen sein mag. Solle ferner als Grund der Verjährung auch die Verminderung der Processe gelten, insofern diese nicht zum Schutze eines sicheren Rechtes unentbehrlich sind, so handele ja derjenige, von welchem hier die Rede sei, ganz im Sinne der Verjährungsgesetze; er unterlasse aus Liebe zum Frieden die Klage, die ihm meistens nur eine größere formelle Sicherheit gewährt hätte, indem er sich mit dem ihn befriedigenden materiellen Zustande begnüge. Endlich sei ein besonders wichtiger Grund der Verjährung die durch lange Zögerung für den

Beklagten oft sehr erschwerte Vertheidigung, worauf der Kläger sogar mit unredlicher Absicht hinwirken könne. Die hieraus entstehende Gefahr treffe aber in unserem Falle gerade denjenigen selbst, welcher noch nach der Verjährungszeit zum Gebrauche der Exception zugelassen werden solle; er selbst leide darunter, nicht sein Gegner, so daß dadurch niemand unbillig verletzt werde. Dieser Ausführung Savigny's kann man nicht beitreten. Die Streitfrage über die stärkere oder schwächere Wirkung der Klagenverjährung ist hier allerdings von Bedeutung. Von unserem Standpunkte aus, wo wir die stärkere Wirkung der Klagenverjährung annehmen, müssen wir die Zulässigkeit einer Einrede, welche zugleich durch eine Klage hätte verfolgt werden können, nach Verjährung der Klage verneinen, wie dies schon in einem früheren Artikel geschehen ist[1437]. Zu demselben Resultate gelangt man auch, wenn man den Grund und Zweck der Klagenverjährung sowie jeder Verjährung überhaupt betrachtet. Die Nachlässigkeit, worauf die Klagenverjährung beruht, ist vorhanden, wenn Jemand klagen konnte und zu klagen unterlassen hat; sie fällt demjenigen zur Last, welcher nach Verjährung der ihm zustehenden Klage sich noch auf das verjährte Recht exceptionsweise berufen will. Der Zweck der Klagenverjährung sowie jeder Verjährung überhaupt, ist die Rechtssicherheit. Diese wird aber auch gestört, wenn man befürchten muß, gegen Klagen längst verjährte Ansprüche noch im Wege der Exception, etwa compensationsweise, geltend gemacht zu sehen. Die durch lange Zögerung oft sehr erschwerte Vertheidigung und die hieraus entstehende Gefahr trifft aber nicht blos den Beklagten, welcher nach der die Unverjährbarkeit der Exceptionen behauptenden Ansicht einen bereits verjährten Anspruch exceptionsweise geltend macht, sondern in noch höherem Grade den Kläger, dem solche verjährte Ansprüche im Wege der Einrede entgegengesetzt werden, indem er genöthigt ist, nunmehr den schwierigen und in Ermangelung anderer Beweismittel oft nur durch den Eidesantrag möglichen Beweis der Tilgung solcher Ansprüche durch Zahlung u. s. w. zu führen, dessen er durch die Verjährung der Klage, wenn diese Ansprüche klagend geltend gemacht worden wären, völlig überhoben war. Aus diesen Gründen müssen wir den Verlust der Exception, welche auch klagend hätte verfolgt werden können, durch Verjährung des diesfalls zustehenden Klagrechtes behaupten. Dritte Klasse. Klage ohne Exception. Dieser Fall ist so zu denken, daß der in seinem Rechte Verletzte, welcher ein Klagrecht hat, in einer solchen Lage ist, worin der Gegner keine Klage gegen ihn, also auch er keine Exception gegen jenen anwenden kann; erst nach vollendeter Klagenverjährung ändern sich die Thatsachen so, daß der Gegner eine Klage gegen ihn erwirbt und sich nun von seiner Seite eine Exception denken ließe, deren Verjährung jetzt in Frage kommt. Ein Beispiel ist folgendes. Der Eigenthümer eines Grundstückes wird durch Drohungen zur

---

1437) Vgl. den Artikel Einrede Bd. III, S. 701.

Veräußerung desselben bestimmt und der Gegner behauptet sich fortwährend im Besitze. Dem Gezwungenen steht zwar die actio quod metus causa zu, aber keine Exception, deren factische Voraussetzungen sämmtlich fehlen, da der Andere weder das Bedürfniß, noch die Möglichkeit hat, gegen ihn zu klagen. Nach verjährter Klage gelangt der Gezwungene durch Zufall in den Besitz; der Andere belangt ihn mit der Eigenthumsklage und es entsteht nun die Frage, ob er die exceptio metus vorschützen kann oder ob diese mit der gleichnamigen Klage verjährt ist. Die Entscheidung der Frage hängt hier von der Meinung ab, welche man über die Wirkung der Klagenverjährung faßt. Wer die schwächere Wirkung derselben behauptet, muß die Verjährung der Exception verwerfen; wer die stärkere Wirkung annimmt, muß die Verjährung der Exception annehmen. — Was die Aussprüche der Quellen über die vorliegende Streitfrage betrifft, so läßt sich keiner entschieden für die eine oder andere Ansicht anführen. Die einzige Stelle, welche mit Grund für diese Frage benutzt werden kann, ist L. 5. §. 6. D. 44. 4. von Paulus. Es wird darin von der doli exceptio gesagt, daß sie nicht, wie die actio de dolo, einer Verjährung unterliege, da es der Kläger in seiner Gewalt habe, wenn er von seinem Rechte Gebrauch machen wolle, wogegen es der Beklagte nicht in seiner Gewalt habe, wenn er verklagt sein wolle. Mehrere[1438]) machen diese Stelle als Beweis für die Verjährbarkeit der zur zweiten Klasse gehörenden Exceptionen durch folgende Auslegung geltend. Wenn Jemand durch Betrug zu einer Stipulation verleitet worden sei, so sei ein doppelter Schutz des Betrogenen denkbar, durch doli actio und durch doli exceptio gegen die Stipulationsklage des Betrügers. Da aber letztere den Betrogenen hinreichend schütze, so werde ihm erstere, um die Ehre des Gegners zu schonen, versagt[1439]). Es gehöre daher dieser Fall zur ersten Klasse, indem der Betrogene lediglich eine Exception und keine Klage habe. Dazu passe auch der am Schlusse der Stelle angegebene Grund, welcher die Abwesenheit aller Nachlässigkeit voraussetzt; und eben dieser Grund beweise für die entgegengesetzte Behandlung der Fälle zweiter Klasse, weil in diesem in der That eine Klage möglich war, deren Versäumniß also eine Nachlässigkeit enthalte. Savigny[1440]) verwirft diese Auslegung aus folgenden Gründen. Der betrogene Schuldner habe im angeführten Falle allerdings auch eine Klage, jedoch nicht die infamirende, auf kurze Zeit beschränkte doli actio, sondern eine actio in factum auf Entschädigung insoweit, als der Betrüger außerdem reicher sein würde, also gerade soweit als auch die doli exceptio reicht[1441]). Dieser Fall gehöre mithin in der That zur zweiten Klasse und spreche also vielmehr für die von ihm vertheidigte

---

1438) Z. B. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, §. 157.
1439) L. 1. §. 4. L. 40 D. 4. 3.
1440) Savigny a. a. O. S. 430 flg.
1441) L. 28. 29. D. 4. 3.

Meinung. Selbst der am Schlusse angeführte Grund sei dieser Meinung günstig; denn wenngleich der Betrogene mit der actio in factum jeden Augenblick klagen könnte, so sei es doch wahr, was Paulus sagt, daß er im Gebrauche der Exception gar keinen eigenen Willen hat, sondern ganz von der Willkür des Gegners abhängt, der zu Anstellung seiner Klage die ihm am passendsten scheinende Zeit wählen kann. Daher würde es ungerecht sein, die Exceptionen als solche irgend einer Verjährung zu unterwerfen. Savigny findet also in dieser Stelle eine Unterstützung der Unverjährbarkeit der Exceptionen zweiter Klasse durch die darin ausgesprochene Rechtsansicht. Wir können uns nur für die erste Auslegung der Stelle entscheiden. Paulus spricht nur von der doli actio und doli exceptio; an die actio in factum hat er gar nicht gedacht und konnte nicht daran denken, diese mit der doli exceptio zusammenzustellen, da die wirklich concurrirende actio in factum zu seiner Zeit perpetua im strengsten Sinne des Wortes, also unverjährbar war. Es konnte also die Frage, ob die doli exceptio nach Verjährung der actio in factum noch zustehe, zu seiner Zeit gar nicht entstehen. Paulus begnügte sich, das zu verneinen, was zu seiner Zeit allein in Frage kommen konnte, nämlich die Beschränkung der doli exceptio auf die kurze Dauer der doli actio, die allerdings mit der doli exceptio nicht concurrirt, vielmehr durch letztere ausgeschlossen ist. Der am Schlusse angegebene Grund spricht für die Verjährung der Exceptionen, mit denen zugleich eine Klage concurrirt. Andere Stellen greifen in diese Streitfrage noch weniger ein. In einem Rescripte Diocletian's[1442]) wird ausgesprochen, daß, obgleich das interdictum unde vi ein Jahr dauere, doch eine exceptio perpetua demjenigen zu Statten komme, qui per vim expulsus post retinuit possessionem. Diese Stelle enthält nicht den Satz: das Interdict ist als Klage einjährig, als Exception unverjährbar. Denn die Exception kann nur ungerechte Bereicherung des Klägers abwehren; in dieser Beschränkung war aber das Interdict auch als Klage unverjährbar[1443]). Dadurch wird aber die Schwierigkeit nicht gelöst, wie die Klage des Gegners zu denken sei, gegen welche diese Exception gebraucht werden soll. Einer Vindication, welche am nächsten läge, kann im allgemeinen keine Exception aus dem bloßen Besitze entgegengesetzt werden. Es ist daher die Strafe der Selbsthilfe mit hinzu genommen und gesagt worden, der Gegner habe sein Eigenthum durch Selbsthilfe verloren, und dieser Verlust werde durch Exception geltend gemacht[1444]). Dieser Annahme steht aber, abgesehen davon, daß dies keine Exception, sondern Verneinung des Eigenthums wäre, daß es ferner auch über die Abwehr der Bereicherung hinausgehen und eine reine Strafe enthalten würde,

---

1442) L. 5. C. de except. (VIII. 35. (36.)).
1443) L. 1. pr. §. 48. L. 3. §. 1. D. 43. 16.
1444) Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 24. Vgl. den Art. Einrede Bd. III, S. 701.

entgegen, daß der Verlust des Eigenthums infolge der Selbsthilfe erst lange nach Diocletian eingeführt worden ist[1445]). Savigny[1446]) denkt sich die Sache so. Zwischen Zweien ist das Eigenthum eines Grundstückes streitig; der Eine verdrängt den Anderen gewaltsam aus dem Besitze; später kommen aber wieder Thatsachen vor, welche den Besitzstand zweifelhaft machen, und da der Dejicient die Sache zur Entscheidung zu bringen wünscht, so stellt er gegen den Anderen das interdictum uti possidetis an, um diesen demnächst zur Erhebung der Eigenthumsklage zu nöthigen. Gegen dieses Interdict hat der Andere die exceptio violentae possessionis[1447]), welche, wie das erwähnte Rescript sagt, nicht so wie das interdictum de vi, an eine kurze Verjährung gebunden ist. Jedenfalls enthält die Stelle keine Anerkennung der gänzlichen Unverjährbarkeit aller Einreden. Ein anderes Rescript Diocletian's[1448]) sagt: Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis praefinitione de dolo replicare potes. Dieser Stelle liegt, wie Savigny annimmt, folgender Fall zu Grunde. Der Schuldner aus einer Stipulation hatte durch Betrug den Erlaß durch bloßes pactum bewirkt. Der gegen die actio ex stipulatu vorgeschützten pacti exceptio steht die doli replicatio entgegen, welche nach dem Ausspruche des Kaisers nicht an die Verjährung der gleichnamigen actio doli gebunden ist. Diese Entscheidung könnte höchstens die Unverjährbarkeit der Repliken beweisen, nicht die der Exceptionen; sie beweist aber auch jene nicht, weil diese Replik, ebenso wie im vorigen Falle die Exception, nur die ungerechte Bereicherung abwehren soll, in welcher Beziehung auch schon die Klage nicht an jene kurze Verjährung gebunden war. Uebrigens paßt, wie Savigny bemerkt, diese Stelle nicht mehr in den Zusammenhang des Justinianeischen Rechtes. Denn wenn jetzt seit dem betrüglichen Erlaßvertrage die 30 Jahre abgelaufen sind, durch welche man die doli replicatio für verjährt halten könnte, so muß schon früher die Stipulationsklage verjährt sein; dann aber steht dieser die temporalis praescriptio entgegen, so daß die pacti exceptio, worauf allein die doli replicatio sich hätte beziehen können, gar nicht zur Sprache kommt.

Dritte Abtheilung. Von der Verjährung im Strafrechte[1449]).

1) Verjährungszeit. Das römische Recht kennt in Bezug auf Verbrechen eine 20jährige Verjährung (viginti annorum prae-

---

1445) L. 7. C. VIII. 4., worauf sich dieser Verlust gründet, ist von 389.
1446) Savigny a. a. O. S. 434.
1447) L. 1. pr. §. 5. 9. D. 43. 17.
1448) L. 6. C. de except. (VIII. 35. (36.)).
1449) Die besonderen Schriften über diesen Gegenstand führt auf Lipenius, bibl. iurid. T. II. p. 194. (s. v. Praescriptio XX annorum); p. 195. (s. v. Praescriptio criminalis und Praescriptio delictorum) und in den Nachträgen: Vol. I. p. 394. Vol. II. p. 328. Vol. III. p. 1186 sq. Zu nennen sind: Engau, jurist.

scriptio), welche als die Regel anzusehen ist[1450]). Außerdem kommt auch eine 5jährige Verjährung (quinquennii praescriptio) vor bei den Verbrechen, welche nach der lex Iulia de adulteriis bestraft werden[1451]) und bei dem crimen peculatus[1452]). Sowenig wir über die Geschichte der Criminalverjährung wissen, so unrichtig ist die Ansicht von Feuerbach[1453]), daß dieselbe aus einer analogen Anwendung der Klagenverjährung auf Anklagen durch die Juristen entstanden sei. Denn es ist gar nicht erweislich, daß die Verjährung bei Verbrechen durch die römischen Juristen, d. h. durch das eigentliche ius civile, eingeführt worden sei. Im Gegentheil stützt sich z. B. die 5jährige Verjährung bei Unzuchtsverbrechen auf ein Gesetz, die lex Iulia de adulteriis. Wenn auch zu der Zeit, wo die Criminalverjährung eingeführt wurde, eine Klagenverjährung bereits bekannt war, so galt sie doch für die prätorischen Annalklagen; die Verjährbarkeit aller Klagrechte ist erst weit später eingeführt. Welche Gründe bei den Römern zur Einführung der Criminalverjährung gewirkt haben mögen, kann dahin gestellt bleiben. Auch lassen sich die Gründe, warum bei einigen Verbrechen eine kürzere Verjährungszeit bestimmt ist, nicht immer ermitteln. Bei den fleischlichen Verbrechen mag darauf gewirkt haben, daß sie ihrer Natur nach in Dunkel gehüllt sind und meistens keine Spuren zurücklassen. Dagegen sind die Gründe, welche bei dem crimen peculatus zur Einführung einer so kurzen Verjährung gewirkt haben, nicht zu ermitteln. So unzweifelhaft sich der Ursprung der 5jährigen Verjährung bei den Unzuchtsverbrechen auf die lex Iulia de adulteriis unter Augustus zurückführen läßt, sowenig läßt sich über den Ursprung der 20jährigen Verjährung etwas mit Sicherheit bestimmen. Möglich, aber nicht wahrscheinlich ist, daß die 20jährige Verjährung, welche bei Straffällen u. dergl. gegen die Ansprüche des Fiscus stattfand, auch zur Einführung derselben in Ansehung der Strafe Gelegenheit gegeben hätte. Allein ohne ausdrück-

---

Betrachtung von der Verjährung in peinl. Fällen. 6. Aufl. 1772. Hallacher, diss. principia iuris Romani de praescriptione etc. Erlang. 1787. Gründler, system. Entwickelung der Lehre von der Verjährung der peinl. Strafen. Halle 1796. Stübel, diss. utrum delictorum poenae praescriptione recte tollantur, necne. Viteb. 1793. Erhard, diss. de origine praescriptionis criminum. Lips. 1803. Paysen, über die Verjährung in peinl. Sachen. Altona 1811. Kleinschrod, im neuen Archiv des Criminalr. Bd. I, Nr. 7. Vollgraff, Abhandl. I, Nr. 5. Stübel, Criminalverfahren §. 1315—1505. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 2, §. 304—315. Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. 4, S. 171 flg. Zachariä, im Archiv des Criminalr. N. F. 1842. S. 199 flg. Andere Schriften, namentlich Dissertationen, führt auf Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechtes §. 64, N. 1, Ausg. von Mittermaier.

1450) L. 12. C. IX. 22. Die noch dafür angeführten Stellen (L. 3. D. 48. 17. L. 13. D. 44. 3.) reden nicht von peinlichen Strafen, sondern von Vermögensansprüchen des Fiscus.

1451) L. 29. §. 6. D. 48. 5.

1452) L. 7. D. 48. 13.

1453) Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechtes §. 64.

liches Gesetz würden sich wohl die Criminalbehörden dazu nicht für ermächtigt gehalten haben, dem Ankläger blos wegen Ablaufes der für die Ansprüche des Fiscus angenommenen 20jährigen Verjährung das Gehör zu verweigern. Wahrscheinlich ist die 20jährige Verjährung bei Verbrechen auch durch ein Gesetz eingeführt[1454]). Daß eine Stelle in den Briefen des jüngeren Plinius[1455]) nicht dazu verleiten darf, zu glauben, es habe die 20jährige Verjährung zu dessen Zeit, wenigstens in den Provinzen, nicht gegolten, ist von Unterholzner zur Genüge gezeigt worden. Die Versuche, die peinliche Verjährung schon bei den Atheniensern nachzuweisen[1456]), können hier übergangen werden. — Die fünfjährige Verjährung tritt, wie bemerkt, bei den Verbrechen ein, welche nach der lex Iulia de adulteriis bestraft werden, und bei dem peculatus. Zu den der lex Iulia de adulteriis unterliegenden Verbrechen gehören folgende: 1) die Verletzung der Geschlechtsehre, sowohl bei verheuratheten Frauen (eigentliches adulterium) als auch bei unverheuratheten Frauenspersonen und Knaben (stuprum). 2) Die Begünstigung solcher Verbrechen, sei diese nun eigentliche Verkuppelung (lenocinium) oder unerlaubte Begünstigung anderer Art[1457]). Dagegen fällt a) die Nothzucht nicht unter die lex Iulia de adulteriis, sondern sie wird, da hier vielmehr die Gewaltthätigkeit als das Ueberwiegende erscheint, mit der Strafe der lex Iulia de vi publica belegt[1458]), und es werden daher die in der lex Iulia de adulteriis enthaltenen Bestimmungen über die Verjährungszeit darauf ausdrücklich für unanwendbar erklärt[1459]). b) Auch die Entführung wird nicht nach der lex Iulia de adulteriis, sondern nach der lex Iulia de vi publica bestraft[1460]); es gilt daher hinsichtlich der Verjährung dasselbe von ihr wie von der Nothzucht[1461]). c) Ob der Incest nach der lex Iulia de adulteriis zu bestrafen und daher auch der 5jährigen Verjährung unterworfen sei, ist bestritten[1462]). Die verneinende Mei-

---

1454) Unterholzner a. a. O. §. 306 denkt an die lex Iulia iudiciorum publicorum unter Augustus.

1455) Plin. Epist. Lib. X. ep. 40.

1456) Dies ist der Hauptgegenstand der angeführten Dissertation von Erhard.

1457) L. 29. §. 6. D. 48. 5. Vom adulterium insbesondre reden noch L. 11. §. 4. D. 48. 5. L. 5. C. IX. 9. Die Arten, wie man sich eines fremden adulterium theilhaftig machen kann, werden am vollständigsten aufgeführt in L. 37. D. 4. 4. Unzucht mit Knaben fällt unter die lex Iulia nach L. 34. §. 1. D. 48. 5. §. 4. Inst. IV. 18.

1458) L. 3. §. 4. D. 48. 6.

1459) L. 29. §. 9. D. 48. 5.

1460) L. 5. §. 2. D. 48. 6.

1461) Die Verordnung Gratian's, welche eine 5jährige Verjährung festsetzt, wenigstens für den Fall, daß eine durch Entführung bewirkte Ehe angefochten werden soll (L. 3. Th. C. IX. 24.), ist in den Justinianeischen Codex nicht aufgenommen.

1462) Bejaht wird es von Boehmer, diss. de incestus quinquennali praescriptione. Frcf. ad Viadr. 1754; verneint von Heisler, jurist. Abhandl. von Verjährung der Blutschande und übrigen fleischlichen Vermischungen in verbote-

nung ist die richtigere[1463]). Allerdings kann der Incest mit einem unter dieses Gesetz fallenden Verbrechen, mit adulterium oder stuprum, verbunden sein. Daraus folgt aber noch nichts für den Incest an sich betrachtet. Ausdrücklich wird von Ulpian dieses Gesetz darauf für nicht anwendbar erklärt[1464]). Ueberhaupt beruhte die Bestrafung des Incestes weniger auf einem bestimmten Gesetze, als auf altem Herkommen, denn sowohl Pomponius als Paulus berufen sich hinsichtlich der genaueren Bestimmungen über den Begriff des Incestes blos auf die Sitte[1465]). Auch wird der weibliche Theil mit der Strafe des Incestes verschont, wenn nicht zugleich ein Vergehen gegen die lex Iulia de adulteriis begründet ist[1466]). Nach einer anderen Stelle wird zwar in gewissen Fällen der Incest mit der Strafe der lex Iulia de adulteriis belegt[1467]); der Grund davon ist aber nicht in diesem Gesetze zu suchen, sondern in einem späteren Gerichtsgebrauche, welcher dessen Strafe darauf anwendete. Auch daraus, daß die römischen Juristen in den Schriften, welche von der lex Iulia de adulteriis handelten, von dem Inceste mit gesprochen haben[1468]), darf kein hierauf bezüglicher Schluß gezogen werden. In Gemäßheit des Grundsatzes, daß der Incest an sich nicht unter das erwähnte Gesetz falle, entscheidet nun auch Papinian, daß die 5jährige Verjährung die Bestrafung des Incestes als solchen nicht aufheben könne; selbst wenn der Incest mit einem nach der lex Iulia de adulteriis zu bestrafenden Verbrechen verbunden ist, sei dies kein Grund, die 5jährige Verjährung in Anwendung zu bringen[1469]). Manche, welche den Incest einer 5jährigen Verjährung unterwerfen, finden in dieser Stelle eine Ausnahme, welche sie in dem Zusammentreffen zweier Verbrechen begründet finden. Allein es ist schon an sich nicht richtig, zwei Verbrechen, von denen jedes einzelne der 5jährigen Verjährung unterliegen soll, ihrer Concurrenz wegen einer 20jährigen Verjährung zu unterwerfen, da die Verjährung nicht von der größeren oder geringeren Strafbarkeit abhängt. Auch ist ein ähnlicher Gedankengang bei den römischen Juristen nicht erweislich. d) Rücksichtlich der Sodomie sind die Meinungen ebenfalls verschieden. Die Päderastie fällt unter die

---

nen Graben. Halle 1778. Schon Cuiacius, Obs. Lib. XX. cap. 17. war dieser letzteren Meinung.

1463) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, §. 307. Henke a. a. O. S. 183 flg. u. A.

1464) L. 4. D. 48. 4.

1465) L. 8. L. 39. §. 1. D. 23. 2.

1466) Paul. Sent. Lib. II. Tit. 26. §. 15. L. 38. §. 4. D. 48. 5. Doch findet diese Nachsicht gegen den weiblichen Theil nur bei dem auf eigentlich römischer Sitte beruhenden Inceste statt (bei dem Inceste unter Seitenverwandten). Der nach dem ius gentium verbotene Incest (zwischen Eltern und Kindern) ist auf beiden Seiten straffällig. L. 38. §. 2. D. 48. 5.

1467) Coll. LL. Mos. et Rom. Tit. VI. §. 3.

1468) Vgl. die Ueberschriften von L. 7. §. 1. L. 11. §. 1. D. 48. 5. L. 57. §. 1. D. 23. 2.

1469) L. 39. §. 5. D. 48. 5.

lex Iulia de adulteriis 1470); sie unterliegt also der 5jährigen Verjährung. Gleiches ist auch wohl hinsichtlich der übrigen blos in der peinlichen Gerichtsordnung Art. 116 mit Strafe bedrohten Arten dieses Verbrechens anzunehmen, da sie hier in Ansehung der Bestrafung jener einzelnen Art völlig gleichgestellt sind 1471). e) Die Bigamie erscheint im römischen Rechte nur als eine Unterart des stuprum oder adulterium, nicht als ein selbstständiges Verbrechen, und steht deshalb unter der Sanction der lex Iulia de adulteriis 1472); auch in der peinl. Gerichtsordnung Art. 121 ist sie hinsichtlich der Bestrafung vom Ehebruche nicht getrennt und es kann also von diesem Gesetze kein Grund entlehnt werden, bei ihr die 5jährige Verjährung auszuschließen. — Die 5jährige Verjährung findet sich ferner bei dem peculatus, bei der Zolldefraudation hinsichtlich der dadurch verwirkten Sachen und bei der accusatio ex SC. Silaniano 1473). Dies ist aber wohl für das heutige Recht unanwendbar. Denn die Praxis faßt den Peculat aus dem Gesichtspunkte des Diebstahles auf und muß ihn also diesem auch in Ansehung der Verjährung gleichstellen 1474); das SC. Silanianum findet keine Anwendung mehr und Zolldefraudationen werden wohl nirgends nach gemeinem Rechte, sondern überall nach Particulargesetzen beurtheilt. — In Ansehung der übrigen Verbrechen gilt die zwanzigjährige Verjährung, welche als die Regel anzusehen ist. Dieselbe tritt also auch ein bei Injurien, insofern sie Gegenstände einer criminellen Verfolgung sind, indem die einjährige Verjährung des prätorischen Edicts nur von der ästimatorischen Injurienklage gilt. — Bei gewissen Verbrechen ist die Verjährung ganz ausgeschlossen. Hierher gehört: a) das parricidium 1475). Manche wollen jedoch eine 20jährige Verjährung zulassen 1476), Andere eine 30jäh-

---

1470) L. 34. §. 1. D. 48. 5. §. 4. Inst. IV. 18.

1471) Aeltere Juristen halten die Sodomie mit Einschluß der Päderastie für ganz unverjährbar. Vgl. Eichmann in der Anm. o. zu Rave, de praescript. §. 163. Andere lassen die 20jährige Verjährung zu, z. B. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 307.

1472) L. 18. C. IX. 9. Nov. 117. cap. 11.

1473) L. 7. D. 48. 13. L. 2. C. IV. 61. — L. 13. D. 29. 5.

1474) Henke a. a. O. Bd. 4, S. 184.

1475) L. 10. D. 48. 9.: Eorum, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusatio permittitur.

1476) Manche (vgl. die Citate bei Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 453, N. 860) glauben, daß nur die 5jährige, nicht die 20jährige Verjährung durch die angeführte Stelle ausgeschlossen sei. Die L. 3. D. 48. 17., worauf sie sich deshalb berufen, spricht nicht von einer criminellen Verfolgung, sondern von einem Anspruche des Fiscus auf verwirktes Gut. Ferner soll L. 13. D. 29. 5. deutlich ergeben, daß das semper accusare dem quinquennii tempus entgegengesetzt sei. In dieser Stelle ist aber gar nicht von einer Anklage wegen parricidium, sondern von dem Anspruche wegen voreiliger Eröffnung des letzten Willens die Rede. Der in der Stelle erwähnte Senatsschluß bestimmt, wie Paysen, über die Verjährung in peinl. Sachen §. 35 ausgeführt hat, daß die quaestio wegen des Mordes des dominus noch vor Eröffnung des Testamentes geschehen, durch fünf Jahre aber, insofern sie kein parricidium betreffe, verjährt werden solle.

rige[1477]). b) Die Unterschiebung eines Kindes[1478]); c) die Apostasie[1479]). Letztere fällt indeß heutzutage aus der Reihe der Verbrechen weg. Eine Vervielfältigung dieser Ausnahmen ohne besonderen gesetzlichen Grund ist unstatthaft. Am wenigsten kann der Grundsatz gelten, daß alle schwereren Verbrechen, als die drei genannten, der Verjährung entzogen sein müßten[1480]).

2) Anwendbarkeit der römischen Grundsätze in Teutschland. Sowie das römische Criminalrecht, soweit es irgend thunlich war, in Teutschland angenommen worden ist, so ist dies auch mit der Criminalverjährung der Fall gewesen, obschon die Carolina darüber schweigt und das in Teutschland veränderte Criminalverfahren Anlaß zu Zweifeln giebt. Bei den Römern machte nämlich das Anklageverfahren die Regel aus; amtliches Einschreiten der Obrigkeit war Ausnahme. An die Stelle des noch in der peinl. Gerichtsordnung bestimmten Anklageverfahrens ist gemeinrechtlich das Untersuchungsverfahren getreten. Wer nun annimmt, daß die Criminalverjährung gleich der Civilverjährung zu beurtheilen sei und gewissermaßen eine Bestrafung des säumigen Anklägers enthalte, muß auch die Zulässigkeit der Uebertragung der römischen Criminalverjährung auf das Untersuchungsverfahren verneinen. Allein die Römer bezweckten bei ihrem Anklageverfahren keineswegs eine Bestrafung des säumigen Anklägers mittelst der Verjährung. Die Gründe, welche als wirklich statthaft für die Criminalverjährung angesehen werden können, passen ebensowohl für den Untersuchungsproceß wie für den Anklageproceß. Ja es läßt sich behaupten, daß heutzutage die Verjährung noch mehr gerechtfertigt sei als im römischen Verfahren; denn da es mit der Prüfung der Beweise und der Herstellung des Thatbestandes sehr genau genommen wird, so ist nicht leicht zu erwarten, daß nach längerer Zeit die Untersuchung zu einer vollständigen Verurtheilung oder Losssprechung führen werde. Was nun die Anwendung der im allgemeinen in Teutschland angenommenen Criminalverjährung im einzelnen betrifft, so ist die 5jährige Verjährung der unter die lex Iulia de adulteriis fallenden Verbrechen unzweifelhaft anwendbar. Da der Begriff des adulterium bei uns bedeutend erweitert ist, indem

---

1477) Thibaut, über Besitz und Verjährung §. 52. Paysen a. a. O. §. 37. Feuerbach, peinl. Recht §. 65. Die dafür angezogene Verordnung von Theodosius II., welche die 30jährige Verjährung als Regel für alle klagbaren Ansprüche aufstellt, soll auch auf criminelle Anklagen zu beziehen sein, was aber nach dem ganzen Zusammenhange und dem Sprachgebrauche, nach welchem unter personales actiones nur Klagen aus obligatorischen Verhältnissen verstanden werden können, unzulässig ist. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 455.

1478) L. 19. §. 1. D. 48. 10. Thibaut a. a. O. will auch hier die 30jährige Verjährung eintreten lassen.

1479) L. 4. C. I. 7. (L. 7. Th. C. XVI. 7.)

1480) Vgl. Leyser, medit. ad Pandect. Spec. DXV. med. 11. 12.

der Ehebruch, auch wenn er keine Verletzung der Geschlechtsehre enthält, als Verbrechen erscheint, namentlich also, wenn ein Ehemann mit einer unehrbaren Person geschlechtlichen Umgang hat, so wird die 5jährige Verjährung in allen Fällen angewendet, wo nach unseren Begriffen ein Ehebruch angenommen wird. Während ferner das stuprum nach römischem Rechte eine mit einer für ehrbar geachteten Person begangene Unzucht voraussetzt, weil auch hier eine Verletzung der Geschlechtsehre zum Begriffe des Verbrechens gehört; so ist dagegen nach gemeinem teutschen Criminalrechte jede Unzucht verbrecherisch, so daß sogar die eigentliche Hurerei als ein Verbrechen aufgeführt wird. Auch hier wird ohne Bedenken die 5jährige Verjährung angewendet, indem man in der Bestrafung dieses Verbrechens blos eine Erweiterung der in der lex Iulia de adulteriis ausgesprochenen Strafbarkeit findet. Daß auch bei der Bigamie dieselbe Verjährung anzuwenden sei, ist schon vorher bemerkt worden; es ist dieses auch die gewöhnliche Meinung. Ebenso ist bemerkt worden, daß der Peculat heutzutage als Diebstahl aufgefaßt werde und deshalb nicht die 5jährige, sondern die 20jährige Verjährung bei diesem Verbrechen eintrete. — Die häufig auch in der Praxis befolgte Meinung, daß sogar eine noch nicht vollendete Verjährung zu berücksichtigen sei, insofern als die beinahe ganz oder doch zum größeren Theile abgelaufene Verjährungszeit als Milderungsgrund gelten müsse, läßt sich nicht rechtfertigen.

3) L a u f d e r C r i m i n a l v e r j ä h r u n g u n d B e r e c h n u n g d e r s e l b e n. Hinsichtlich des Laufes der Verjährung kommt zuvörderst a) der A n f a n g s p u n k t in Frage. Dieser bestimmt sich im allgemeinen durch die Rücksicht, daß Gegenstand der Bestrafung der widerrechtliche Wille ist, jedoch nicht als solcher, sondern insofern er sich in äußeren Handlungen offenbart hat, und daß die mehreren Kraftäußerungen derselben Person, welche ein und dasselbe Verbrechen wirken, ein einziges untrennbares Ganze bilden. Mithin kann die Verjährung der Verfolgung des vollendeten Verbrechens erst von derjenigen Handlung zu laufen beginnen, wodurch das in Frage stehende Verbrechen vollständig zur Existenz gekommen ist, also wenn zum gesetzlichen Thatbestande eines Verbrechens außer der Handlung selbst noch eine bestimmte Wirkung derselben erfordert wird, erst von dem Eintritte dieser Wirkung an, wenn dieselbe der Handlung nicht unmittelbar, sondern erst nach einem längeren oder kürzeren Zwischenraume gefolgt sein sollte. Ist die verbrecherische Thätigkeit auf der Stufe des Versuches stehen geblieben, so kommt von den vorliegenden mehreren Versuchshandlungen nur die zuletzt unternommene in Betracht. Dies gilt auch von den die Wirksamkeit des Hauptschuldners unterstützenden und befördernden Kraftäußerungen der sogenannten Gehilfen. In Ansehung der durch intellectuelle Wirksamkeit begründeten Theilnahme am Verbrechen ist zu unterscheiden, ob dieselbe als Urheberschaft oder als Beihilfe erscheint; im ersten Falle kann die Verjährung erst von der durch sie bewirkten Thätigkeit des physischen

Urhebers, im zweiten dagegen schon von ihr selbst gerechnet werden. Ist ein und dasselbe Verbrechen von derselben Person wiederholt verübt worden, so bedarf es für jede einzelne Begehung einer besonderen Verjährung; bei fortgesetzten Verbrechen hingegen gilt die Regel, daß die sämmtlichen, das Verbrechen fortsetzenden Handlungen Ein Ganzes bilden, mithin der Lauf der Verjährung erst von der letzten Handlung an beginnen kann. Von der Fortsetzung muß man aber die Concurrenz mehrerer selbstständiger Verbrechen scheiden. Die fortdauernden Wirkungen einer verbrecherischen Handlung können für sich selbst ein Verbrechen bilden, welches alsdann als ein concurrirendes von dem durch die Handlung selbst gebildeten zu trennen ist. Dies gilt namentlich von der Bigamie, mit welcher gewöhnlich ein Ehebruch und zwar ein fortgesetzter Ehebruch concurrirt. Für die Bigamie selbst beginnt die Verjährung mit dem Augenblicke der Vornahme derjenigen Handlung, wodurch nach den Ehegesetzen des Staates und der Kirche die verbotene Ehe zur Perfection gebracht wird; für den concurrirenden Ehebruch hingegen von dem Acte des Beischlafes, und zwar dem letzten, wenn der Ehebruch ein fortgesetzter ist [1481]). — Es fragt sich, ob die factische Unmöglichkeit der Rechtsverfolgung, gleichviel ob dieselbe durch Nichtkenntniß der Existenz des Rechtes oder durch Flucht oder Abwesenheit des Anzuschuldigenden, oder durch Stillstand der Gerichte oder auf irgend eine andere Weise begründet wird, den Anfang des Laufes der Verjährung hindere. Bestimmt verneint wird es von Ulpian in Bezug auf die in der lex Iulia de adulteriis bedrohten Verbrechen [1482]); denn war auch die in dem Gesetze selbst bestimmte Frist von zwei und bezüglich vier Monaten ein tempus utile [1483]), so sollte doch die später auf fünf Jahre verlängerte Frist ein tempus continuum sein. Machte nach der Ansicht der römischen Juristen schon diese Ausdehnung und Verlängerung die Verwandelung des tempus utile in ein tempus continuum nöthig, so muß bei der für die meisten Verbrechen geltenden 20jährigen Verjährung die Verjährungszeit auch als tempus continuum betrachtet werden, zumal alle Verjährungen, welche einen längeren Zeitraum erfordern, in einem tempus continuum

---

1481) Die älteren Juristen trennen die Bigamie von dem mit ihr concurrirenden Ehebruche nicht, sondern betrachten sie als ein fortdauerndes Verbrechen und lassen daher die Verjährung derselben erst von da an beginnen, wo eine der beiden Verbindungen aufgehört (Quistorp, Grunds. des peinl. Rechtes §. 808 und die dort Angeführten; Tittmann, Handb. der Strafrechtswissenschaft Ausg. 1, §. 884) oder der bigamus vor Notar und Zeugen die zweite Verbindung für ungiltig erklärt (Thomasius, de praescript. bigamiae §. 52. 53. Gründler a. a. O. §. 79 flg.) oder der letzte Beischlaf des bigamus mit der zweiten Frau stattgefunden hat (Wiesand, de initio praescript. in crimine bigamiae. Viteb. 1794.). Siehe dagegen Stübel a. a. O. §. 1442. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 466. Henke a. a. O. Bd. 4, S. 190.

1482) L. 31. D. 48. 5.: Quinquennium non utile, sed continuo numerandum est.

1483) L. 4. pr. §. 1. L. 29. §. 5. D. 48. 5.

bestehen. Auch erklären sich die Meisten für das tempus continuum[1484]). Nur der Fall der Flucht des Anzuschuldigenden erregt Einigen Bedenken[1485]), theils weil der Richter hier von dem Vorwurfe der Nachlässigkeit frei sei (was aber doch in jedem einzelnen Falle der Flucht noch erst der Untersuchung bedarf, überhaupt aber unerheblich ist, da der Zweck der Criminalverjährung unmöglich die Bestrafung nachlässiger Richter sein kann), theils weil der Verbrecher aus dem neuen selbstständigen Verbrechen der Flucht keinen Vortheil ziehen dürfe. Gegen das letztere ist zu erinnern, daß die Flucht nicht nothwendig und nicht immer voraussetzt, daß der Fliehende das Verbrechen, wegen dessen er zur Untersuchung gezogen werden soll, wirklich verübt habe, überdies aber auch die Flucht umsoweniger als ein neues und selbstständiges Verbrechen gelten kann, als von Vielen nicht einmal die Selbstbefreiung aus der Sicherungs- oder Strafhaft für strafbar erachtet wird, endlich auch es inconsequent sein würde, den Anfang des Laufes der Verjährung wegen einer List, wodurch der Thäter dem Richter die Kenntniß seiner Schuld entzog, nicht auszuschließen und ihn doch wegen der Flucht desselben für ausgeschlossen zu halten[1486]). b) Auch in Ansehung des Endpunktes der Verjährung ist die Berechnung sehr streitig. Es fragt sich, ob die Verjährung civiliter zu berechnen sei; ob die Verjährung schon mit dem Beginne des Kalendertages, in welchen der Anfang des zur Verjährung erforderlichen letzten Zeittages fällt oder erst mit Ablauf der letzten Stunde des erforderlichen Zeitraums oder gar erst mit dem Ende des Kalendertages vollendet sei. Die Analogie der Klagenverjährung kann hier wohl nicht entscheiden, da es überhaupt noch zweifelhaft ist, ob die Verjährung der Anklagen überhaupt nur auf Analogie oder auf speciellen Gründen beruht. Daß nicht a momento ad momentum, sondern a die ad diem zu rechnen sei, wird wenigstens in Bezug auf die 5jährige Verjährung der unter die lex Iulia de adulteriis fallenden Verbrechen ausdrücklich gesagt[1487]). Sowenig der Ausdehnung dessen, was dabei über die Continuität des 5jährigen Zeitraums bestimmt worden ist, einem Bedenken unterliegt, ebensowenig bedenklich ist die Anwendung derselben Berechnungsart auf die Verjährung der Anklagen wegen sonstiger Verbrechen. Es bedarf nur noch der Beantwortung der Frage, ob zur Vollendung der Verjährung schon der Beginn des letzten Kalendertages genüge oder dessen völliger Ablauf erfordert werde. Man hat eine Stelle hierher gezogen[1488]), wo von den zwei Monaten die Rede ist, welche dem Ehemanne und Vater der adultera vorzugsweise zur An-

---

1484) Z. B. Stübel a. a. O. §. 1447. Unterholzner a. a. O. S. 464. Henke a. a. O. S. 190 flg.

1485) Z. B. Carpzov, Pract. rer. crim. Qu. 141. nr. 56. Rave, de praescript. §. 162. Gründler a. a. O. §. 35.

1486) Vgl. besonders Stübel a. a. O. §. 1453—1457.

1487) L. 29. §. 7. D. 48. 5. Vgl. L. 11. §. 4. D. eod.

1488) L. 30. §. 1. D. 48. 5.

klage gebühren und wo es heißt: Sexaginta dies a divortio numerantur: in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est. Da aber hier von einer sehr kurzen Verjährungszeit und noch dazu einem tempus utile die Rede ist, so kann diese Stelle wohl nicht als zum Zwecke der Entscheidung obiger Frage benutzt werden. Wir tragen kein Bedenken, die Frage dahin zu beantworten, daß der völlige Ablauf des letzten Kalendertages zur Vollendung der Verjährung erforderlich sei. Daß die usucapio mit dem Anfange des letzten Tages als vollendet gilt, ist etwas ihr Eigenthümliches und die Analogie der Klagenverjährung ist gewiß viel passender auf die Criminalverjährung als die der usucapio. Daß aber schon lange vor der Theodosischen Verordnung, welche die bis dahin unverjährbaren Klagrechte der 30jährigen Verjährung unterwarf, bei den Temporalklagen der Ablauf des letzten Tages zur Vollendung der Verjährung erforderlich war, ist anerkannt [1489]).

4) Unterbrechung der Criminalverjährung. Unterbrochen wird der Lauf der Criminalverjährung im Anklageprocesse durch Erhebung der Anklage [1490]); im Untersuchungsprocesse zunächst durch jeden von Seiten des Staates durch den im vorliegenden Falle zur Untersuchung befugten Richter oder wenigstens durch die zur Vornahme der ersten einleitenden Handlungen des Verfahrens (zum ersten Angriffe) berechtigte Behörde, und zwar in der gesetzlichen Form, unternommenen Act, wodurch die Absicht des Staates, das Recht auf Strafe gegen eine bestimmte Person geltend machen zu wollen, unzweideutig zu erkennen gegeben wird. Von einer incompetenten Behörde unternommene Handlungen unterbrechen die Verjährung nicht; ebensowenig unförmliche und solche Handlungen, welche nicht gegen eine bestimmte Person als Thäter und um dieselbe zum Zwecke der Bestrafung zur Untersuchung zu ziehen, sondern nur auf die Constatirung der That selbst und auf die Ermittelung des muthmaßlichen Thäters gerichtet, also nicht Handlungen der Specialinquisition, sondern nur der Generalinquisition sind [1491]). Jene Absicht ergiebt sich nicht blos aus der Ladung des Verdächtigten als solchen zur Vernehmung über bestimmte Anschuldigungspunkte oder aus der ohne vorherige Ladung erfolgten Vernehmung [1492]), sondern auch aus der Erlassung von Steckbriefen, indem diese nichts Anderes sind, als mittelbare Realcitationen und selbst wenn dieselben zu der der Insinuation der Ladung gleichgesetzten Verhaftung und Ablieferung der darin bezeichneten Person nicht führen, die mangelnde Insinuation ebenso

---

1489) L. 6. D. 44. 7.

1490) L. 29. §. 7. D. 48. 5.

1491) Vgl. Wening-Ingenheim, über die Unterbrechung der Verjährung durch Generaluntersuchung und durch Specialinquisition gegen einen Mitschuldigen, im neuen Archiv des Criminalr. Bd. VI, S. 228 flg.

1492) Darauf allein stellt die Unterbrechung Stübel a. a. O. §. 1462 flg. Siehe auch Kleinschrod, Abhandl. aus dem peinl. Rechte u. Processe Bd. 2, S. 373.

wie bei Edictalladungen, durch die öffentliche Bekanntmachung ersetzt wird, überdies aber auch es nur auf die durch schlüssige Handlungen geschehene Kundgebung der Absicht, eine bestimmte Person als muthmaßlichen Verbrecher zu verfolgen, hier ankommen kann, nicht aber darauf, daß diese Person bereits Kenntniß davon erlangt hat. Dasselbe, was von den Steckbriefen behauptet werden muß, gilt dann auch von der gerichtlichen Nacheile, von der Sequestration des Vermögens, wodurch der flüchtige Angeschuldigte zur Rückkehr bestimmt werden soll, und ähnlichen Handlungen. Darüber, ob auch der Schuldige selbst die begonnene Verjährung unterbrechen könne, giebt es verschiedene Ansichten. Manche bestreiten es, weil sie die Strafe lediglich als ein Recht des Staates ansehen[1493]). Andere bejahen die Frage, indem die Strafe auch Gegenstand des Rechtes des Schuldigen sei[1494]). Da der Zweck Aufhebung der Strafe ist, so muß die Verjährung durch jede Handlung des Schuldigen unterbrochen werden, wodurch der Richter in den Stand gesetzt wird, die gesetzliche Strafe zu erkennen, z. B. durch freiwillige Selbstanzeige bei dem Gerichte zum Zwecke der Untersuchung u. s. w. Hat die begonnene Untersuchung, wodurch die Verjährung unterbrochen wurde, wieder aufgehört und zwar a) wegen der Unmöglichkeit, den Beweis der Schuld vollständig zu führen, so daß der Angeschuldigte von der Instanz hat entbunden werden müssen, so soll nach der Meinung Vieler die Verjährung fortlaufen, sei es nun, daß man die Zeit der Untersuchung abrechnet[1495]) oder aber selbst diese in die Verjährungszeit einrechnet[1496]), indem man die Entbindung von der Instanz dem Verluste eines Civilprocesses gleichstellt; dagegen betrachten Andere mit Recht in diesem Falle den Proceß als dauernd, und daher die Verjährung für immer ausgeschlossen[1497]). Wenn Stübel dagegen bemerkt, daß der in der Entbindung von der Instanz enthaltene Vorbehalt der Wiederaufnahme der Untersuchung dem Falle der Entbindung von der Klage im Civilprocesse mit dem Vorbehalte für den sachfälligen Kläger, aus einem anderen besseren Grunde zu klagen, gleichstehe; so erscheint diese Gleichstellung als unstatthaft, da es sich bei der Wiederaufnahme der Untersuchung nach vorhergegangener Entbindung von der Instanz nicht von Veränderung des Klaggrundes, sondern blos von Ergänzung des früher unvollständig gebliebenen Schuldbeweises handelt. Man hat gegen die hier angenommene Ansicht sich auf eine Digestenstelle[1498]) berufen. Wenn aber hier bestimmt wird: aequum est, computationi

---

1493) Z. B. Stübel a. a. O. §. 1465.
1494) Z. B. Henke a. a. O. S. 196 flg.
1495) Z. B. Engau a. a. O. §. 65. Gründler a. a. O. §. 35.
1496) Z. B. Rave, de praescript. §. 162. nr. 3. Stübel a. a. O. §. 1472—1474.
1497) So Martin, Lehrb. des Criminalproc. §. 22. Unterholzner a. a. O. S. 474. Henke a. a. O. S. 197 flg.
1498) L. 31. D. 48. 5.

quinquennii eximi id tempus, quod per postulationem praecedentem consumtum sit, so kann doch von einer solchen singulären Bestimmung, welche nur daraus erklärt werden kann, daß zur Sicherung des Familienfriedens die Anklage wegen adulterium auf den Zeitraum von fünf Jahren beschränkt werden mußte, daß selbst die Abrechnung der von einer postulatio praecedens consumirten Zeit nur durch Berufung auf aequitas gerechtfertigt werden konnte, keine analoge Anwendung auf andere Verbrechen gemacht werden. b) Kann wegen der Flucht des Angeschuldigten vor der Verurtheilung der die Verjährung unterbrechende Proceß nicht durchgeführt werden, so muß der Proceß ebenfalls als fortdauernd betrachtet werden [1499]). Manche bestreiten dies zwar, hauptsächlich deshalb, weil die Regel: agere non valenti non currit praescriptio, sich nur auf Hindernisse aus Rechtsgründen, nicht aber auf factische beziehen lasse [1500]). Allein nach mehreren Bestimmungen des römischen Rechtes findet keine Berufung auf Verjährung statt, wenn auch nur von einem Dritten der Proceß auf eine rechtswidrige Weise beseitigt worden ist [1501]), und man kann doch diese Bestimmungen nicht lediglich im Interesse des Fiscus begründet finden, sondern muß sie mit Rücksicht auf das nicht geringere Interesse der Gerechtigkeit und des gemeinen Wohles als allgemein giltig betrachten. Daher ist auch die Ansicht verwerflich, daß vom Augenblicke der Flucht die Verjährung von neuem zu laufen anfange [1502]). Denn darin würde eine durchaus nicht zu rechtfertigende Begünstigung des Angeschuldigten, welcher die Beendigung des Processes durch seine Flucht verhinderte, liegen, und derselbe hat es lediglich sich selbst zuzuschreiben, daß der einmal begonnene Proceß perpetuirt wird, wofür auch die Analogie der Verjährung der Litispendenz in Civilsachen spricht, obwohl auch die analogische Anwendung derselben auf die Criminalverjährung von Vielen, namentlich Praktikern, bestritten wird [1503]), während sie doch wenigstens wegen der Privatstrafen gelten muß. Was nun hinsichtlich der Flucht des Angeschuldigten gilt, muß aus denselben Gründen c) auch dann gelten, wenn der Proceß durch Schuld des Richters liegen geblieben ist. — Ist die begonnene Untersuchung zu Ende geführt und ein rechtsgiltiges Endurtheil gesprochen worden und zwar a) ein verurtheilendes, welches jedoch aus einem factischen Grunde nicht vollstreckt worden ist, so sind die meisten Lehrer

---

1499) Dieser Meinung sind schon ältere bei Henke a. a. O. Bd. 4, §. 25, N. q. angeführte Juristen, desgleichen Martin a. a. O. §. 22. Unterholzner a. a. O. S. 475. Henke a. a. O. S. 198 flg.

1500) Stübel a. a. O. §. 1454.

1501) L. 1. §. 4. 5. D. 49. 14. L. 10. D. 44. 3.

1502) Es ist dies die Ansicht sehr vieler Juristen, namentlich von Leyser, Med. ad Pand. Sp. DXV. med. 7. Hommel, Rhaps. quaest. Qu. 38. Paysen a. a. O. S. 116. Feuerbach, Lehrb. §. 67. Stübel a. a. O. §. 1453 flg. Siehe dagegen Unterholzner a. a. O. S. 475. Henke a. a. O. S. 199.

1503) S. Stübel a. a. O. §. 1492 flg. und die zu §. 1492, Note a Angeführten.

des gemeinen Rechtes für Ausschließung der Verjährung für immer[1504]). b) Ist das Urtheil ein rein freisprechendes, so wird in Ansehung desselben gewöhnlich die Frage gar nicht einmal aufgeworfen, ob und inwiefern diese Freisprechung durch Ablauf der Verjährung unabänderlich werde und für immer von der Strafe befreie, da diese Wirkung schon der vom Augenblicke der Publication des Urtheils angeblich eingetretenen Rechtskraft desselben beigelegt wird. Geht man aber von der Ansicht aus, daß auch rein freisprechende Erkenntnisse nicht in Rechtskraft übergehen und nicht dadurch unabänderlich werden können, so ist jene Frage nicht ohne praktisches Interesse. Sie muß aber ohne Zweifel dahin beantwortet werden, daß vom Tage der Publication an die Verjährung von neuem zu laufen anfange und durch den Ablauf der ursprünglich für das fragliche Verbrechen bestimmten Zeit vollendet werde[1505]). — Uebrigens erstrecken sich die Wirkungen der Unterbrechung der Verjährung auf alle in abstracto zuständigen Gerichte desselben Staates, so daß in keinem derselben der Angeschuldigte sich weiter auf die unterbrochene Verjährung berufen kann. Hätte hingegen Jemand wegen mehrerer Verbrechen zur Untersuchung gezogen werden können, die Untersuchung ist aber nur auf eins der concurrirenden Verbrechen gerichtet; ingleichen ist von mehreren Theilnehmern an demselben Verbrechen nur der eine oder andere zur Untersuchung gezogen worden; so beschränkt sich die Wirkung der Unterbrechung auf jenes einzelne Verbrechen und auf diesen einzelnen Theilnehmer.

5) Wirkungen der vollendeten Criminalverjährung. Die vollendete Verjährung schließt die criminelle Verfolgung wegen des verjährten Verbrechens aus[1506]), mittelbar also auch die Strafe. Ob auch die Verminderung der Ehrenrechte, namentlich die Aufhebung der Zeugnißfähigkeit durch die Verjährung der Criminalverfolgung ausgeschlossen werde, ist verschieden zu beantworten, je nachdem man diese Aufhebung als Strafe oder als privatrechtliche Folge des Verbrechens betrachtet. Das erstere ist nach teutschrechtlicher Ansicht das Richtige, daher die Frage zu bejahen[1507]). Streitig ist, ob ungeachtet der Verjährung das Verbrechen nicht noch per exceptionem geltend gemacht werden könne[1508]). Allerdings wird das Verbrechen selbst durch die Verjährung nicht aufgehoben und es kann daher ohne Zweifel die auf den nach Ablauf der Verjährung gemachten Vorwurf

---

1504) Siehe jedoch Stübel a. a. O. §. 1487.

1505) Vgl. Henke a. a. O. S. 200.

1506) Dies wird im römischen Rechte ausgedrückt durch: accusatio temporis praescriptione depellitur (L. 19. §. 1. D. 48. 10.); accusator praescriptione submovetur (L. 1. §. 10. D. 48. 16.); querela praescriptione excluditur (L. 12. C. IX. 22.); crimen tempore sopitur (L. 29. §. 5. D. 48. 5.).

1507) Henke a. a. O. S. 202. A. M. sind Stübel a. a. O. §. 1499. Unterholzner a. a. O. S. 438.

1508) Siehe Martin, Criminalproceß §. 21, N. q. und die dort Angeführten.

desselben gegründete Injurienklage noch jetzt durch die Einrede der Wahrheit vereitelt werden[1509]), da dieser Vorwurf nicht Strafe des Verbrechens ist und die durch die vorgeschützte Einrede sich nöthig machende Untersuchung nicht die Form und den Zweck eines Criminalverfahrens hat. Dagegen darf aus dem Verbrechen nichts abgeleitet und im Wege der Einrede geltend gemacht werden, was als Strafe desselben oder als Theil der Strafe erscheinen würde, wie die Unfähigkeit zum Zeugnisse oder auch nur die Minderung seiner Glaubwürdigkeit sowie die Unfähigkeit zum Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte, der Zunft- und Innungsrechte u. s. w. Disciplinarmaßregeln gegen öffentliche Beamte, die wegen eines von ihnen verübten Verbrechens wegen vollendeter Verjährung nicht zur Untersuchung und Strafe gezogen werden können, sind durch die Verjährung nicht ausgeschlossen, selbst Entfernung vom Amte, wenn durch die Belassung des Beamten im Amte die Würde des Amtes gefährdet werden würde[1510]), da diese natürliche Folge des Verbrechens unabhängig von dessen Strafe und neben der Strafe eintreten kann, auch nicht von den Gerichten verhängt wird. — Im römischen Rechte mußte die Verjährung wegen des dort üblichen Anklageverfahrens in Form einer Einrede, praescriptio, vorgebracht werden. Von Amtswegen wurde die Verjährung vom Richter nicht berücksichtigt. Es war dies auch dem Geiste des Anklageverfahrens ganz angemessen. Der Richter steht bei demselben zwischen dem Ankläger und dem Angeklagten in der Mitte, sowie er es dem Ankläger überläßt, die Beweise der Schuld zu sammeln, so überläßt er es dem Angeschuldigten und seinem Vertheidiger, für die Anwendung und Milderung der Strafe Sorge zu tragen. Eine Verweigerung der Annahme der Anklage von Seiten des Richters aus Rücksicht auf den Ablauf der Verjährungszeit würde sogar für den Angeschuldigten verletzend sein, indem dieser möglicher Weise die Untersuchung sogar wünscht, damit durch diese seine völlige Unschuld bewiesen werde. Anders gestaltet es sich in dem heutzutage gemeinrechtlich üblichen Untersuchungsverfahren. Indem der Richter von Amtswegen eine Untersuchung beginnt, hat er zuerst zu überlegen, ob sie zum Ziele führen werde. Findet er, daß die Verjährungszeit bereits abgelaufen ist, so darf er die Untersuchung gar nicht anfangen, damit er sich nicht blosstelle und den Vorwurf zuziehe, unnütze Kosten veranlaßt zu haben, wenn der Angeschuldigte, wie zu vermuthen ist, sich auf die Verjährung beruft. Man muß aber noch weiter gehen. Selbst wenn die Untersuchung ohne Rücksicht auf die eingetretene Verjährung begonnen und bis zum Schlusse fortgeführt worden ist, muß der urtheilende Richter die Verjährung berücksichtigen. Es ist auch darüber, daß der Richter, wegen der ihm im

---

1509) Stübel a. a. O. §. 1499. Unterholzner a. a. O. S. 439. Henke a. a. O. S. 203. A. M. ist Quistorp, Grunds. des peinl. Rechtes §. 870.

1510) Stübel a. a. O. §. 1502. Henke a. a. O. S. 203.

Untersuchungsverfahren obliegenden Verpflichtung die materielle Defension des Angeschuldigten zu führen, die eingetretene Verjährung berücksichtigen müsse, auch ohne daß sich der Angeschuldigte darauf beruft, allgemeines Einverständniß[1511]). Wie jeder andere Grund aber, wodurch das Criminalverfahren ausgeschlossen werden soll, muß auch die Verjährung zuvor ihren thatsächlichen Voraussetzungen nach in rechtliche Gewißheit gesetzt sein, ehe man ihr einige Wirksamkeit beilegen kann. Da nun diese nicht immer gleich vorliegen, es vielmehr oft einer Untersuchung zu diesem Zwecke bedarf, so ist es auch unbedenklich, den Angeschuldigten in die durch diese Untersuchung erwachsenen Kosten zu verurtheilen[1512]); denn es hängt die Verpflichtung zur Abstattung derselben in dem hier gesetzten Falle mit dem durch die Verjährung nicht getilgten Verbrechen unzertrennlich zusammen. Dem Richter würden sie nur bei völliger Entbehrlichkeit der Untersuchung zu jenem Zwecke zur Last fallen. Selbst in criminalrechtlicher Beziehung wollen viele Criminalisten dem Verbrechen, dessen Verfolgung und Bestrafung durch die Verjährung ausgeschlossen ist, insofern noch Wirkungen beigelegt wissen, als bei der Bestimmung des Maßes der Strafe eines späteren Verbrechens auch auf das ältere, wenn auch wegen der eingetretenen Verjährung nicht mehr zu verfolgende, Rücksicht genommen werden soll[1513]). Dies scheint nicht gerechtfertigt werden zu können, denn es würde das Verbrechen, dessen Bestrafung durch die Verjährung ausgeschlossen ist, doch bestraft, wenn auch nur in einem Zusatze zur Strafe eines späteren Verbrechens, während eine Bestrafung wegen der Verjährung ganz unstatthaft ist[1514]); die nur einem unter mehreren Theilnehmern am Verbrechen zu Statten kommende Verjährung hat auf die Möglichkeit, die übrigen zur Untersuchung zu ziehen, keinen Einfluß. Uebrigens sind die Wirkungen der Criminalverjährung ganz unabhängig von der Willkür des Verbrechers. Ein ausdrücklicher Verzicht sowohl als auch ein stillschweigender durch Ablegung eines Bekenntnisses der Schuld bleibt, wie die Privatwillkür überhaupt, hier sowohl wie im ganzen Gebiete des Criminalprocesses durchaus unwirksam[1515]).

6) Neuere Strafgesetzgebungen. Alle neueren Gesetze

1511) Vgl. z. B. Stübel a. a. O. §. 1422. Unterholzner a. a. O. S. 476 flg. Henke a. a. O. S. 203.

1512) Stübel a. a. O. §. 1498. Henke a. a. O. S. 204 und andere bei demselben Angeführte. Unterholzner a. a. O. S. 438 will es darauf ankommen lassen, inwiefern überhaupt der, welcher sich eines Verbrechens verdächtig gemacht hat, auch wenn er nicht verurtheilt werden darf, jenes Verdachtes wegen zur Kostenerstattung angehalten werden möge.

1513) Berger, Electa iur. crim. p. 40. Tittmann, Handb. §. 432, S. 381. Martin a. a. O. §. 21, N. 10. Heffter, Lehrb. des Criminalr. §. 190, N. 3. Henke a. a. O. S. 204.

1514) Unterholzner a. a. O. S. 467. Stübel a. a. O. §. 1500.

1515) Leyser, Med. ad Pand. Sp. DXV. coroll. 1. Henke a. a. O. S. 204 flg. A. M. ist Unterholzner a. a. O. S. 477.

kennen das Institut der Criminalverjährung. Nur in England gilt es nicht[1516]). Die neueren Strafgesetzbücher erkennen es durchaus an[1517]). Die französische Strafproceßordnung[1518]) stellt, außer der préscription de l'action publique, noch eine Verjährung, die des peines auf, so daß auch die durch Urtheile erkannten Strafen durch Ablauf einer gewissen Zeit erloschen sein und nicht in Vollzug gebracht werden sollen. Diese Verjährung der erkannten Strafe ist auch in mehrere teutsche Strafgesetzbücher übergegangen[1519]), in andere nicht[1520]). Ebenso wie es im römischen Rechte gewisse, der Verjährung ganz entzogene Verbrechen gab, finden sich solche auch in den neuen Gesetzgebungen, außer in der französischen, preußischen, badischen und hessischen. Die Bestimmungen darüber sind nicht gleichförmig[1521]). In Bezug auf die Zeiträume der Verjährung herrscht große Verschiedenheit[1522]). Auch stellen die Gesetz-

---

1516) Wohl aber in Schottland. Vgl. Hume, Commentar on the criminal law II. p. 133.

1517) Oesterreich. Gesetzb. v. 27. Mai 1852 §. 223—232. Preuß. Gesetzb. v. 14. April 1851 §. 45—49. Bayer. Gesetzb. Art. 140. Sächs. Gesetzb. v. 13. August 1855 Art. 109—115. Würtemb. Gesetzb. Art. 129. Bad. Gesetzb. Art. 190. Hannov. Gesetzb. Art. 88. Hess. Gesetzb. Art. 124. Thüring. Gesetzb. Art. 71—76. Code pénal art. 637. Andere Strafgesetzbücher, welche die Verjährung kennen, führt an Mittermaier zu Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechtes §. 64, N. III.

1518) Code d'instruct. crim. art. 635.

1519) Würtemb. Gesetzb. Art. 129. Sächs. Gesetzb. Art. 109. Bad. Gesetzb. Art. 194. Braunschw. Gesetzb. §. 71. Thüring. Gesetzb. Art. 73. Die Verjährung der Strafen findet sich auch im sardinischen Code art. 144, waadtländischen Code art. 77.

1520) Z. B. nicht in das österreich. und preuß. Gesetzbuch.

1521) Das österreich. Gesetzb. §. 231 nimmt mit Todesstrafe bedrohte Verbrechen von der Verjährung aus, läßt jedoch, wenn 20 Jahre seit der Begehung des Verbrechens vergangen sind und die in den §§. 227, 229 angeführten Bedingungen eintreten, Minderung der Strafe zu. Das sächs. Gesetzb. Art. 109 erklärt für unverjährbar die mit Todesstrafe und lebenslänglichem Zuchthause bedrohten Verbrechen, soweit es sich von einem vollendeten solchen Verbrechen und von dessen Urheber oder einem dem Urheber gleich zu bestrafenden Anstifter handelt, sowie auch die erkannte Todes- und lebenslängliche Zuchthausstrafe. Das thüring. Gesetzb. Art. 76 schließt bei ausschließlich mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen sowie gegen erkannte lebenslängliche Zuchthausstrafe die Verjährung aus. Da, wo in den einzelnen thüring. Staaten die Todesstrafe wieder eingeführt ist, gilt dies nun auch von den mit derselben bedrohten Verbrechen sowie von der erkannten Todesstrafe. Auch das hannöv. Gesetzb. Art. 90 schließt bei Verbrechen, welche mit Todesstrafe bedroht sind, die Verjährung aus. Minderung der Strafe bei mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen nach Ablauf der Verjährungszeit bestimmen Zürich. Gesetzb. Art. 84. Sardin. Gesetzb. Art. 141, 142. Thurgauer Gesetzb. Art. 90.

1522) Nach dem Code d'instruct. crim. art. 637. verjährt die Verfolgung der crimes in 10 Jahren, die der delits in 3, die der contraventions in 1 Jahre. Nach dem österreich. Gesetzb. §. 228 verjähren Verbrechen, worauf lebenslängliche Kerkerstrafe gesetzt ist, in 20, die mit einer Strafe von 10 bis 20 Jahren bedrohten in 10, alle übrigen in 5 Jahren. Das preuß. Gesetzb. §. 46 setzt die Verjährungszeit für todeswürdige Verbrechen auf 30, für mit längerer als 10-

bücher sonst noch manche Beschränkungen der Verjährung auf[1523]). Ueber die Wirkungen der Verjährung drücken sich die Gesetzbücher ver-

jähriger Freiheitsstrafe bedrohte Verbrechen auf 20, für mit geringerer Freiheitsstrafe bedrohte auf 10, für mit mehr als 3 Monaten Gefängniß bedrohte Vergehen auf 5, für andere Vergehen auf 3 Jahre, für die nur auf Antrag einer Privatperson zu bestrafenden Verbrechen nach §. 50 3 Monate. Gegen rechtskräftig erkannte Strafen findet nach §. 49 keine Verjährung statt. Nach dem bayer. Gesetzb. §. 140 beträgt die Verjährungszeit für mit Tod oder Zuchthaus über 12 Jahre bedrohte Verbrechen 20 Jahre, bei den mit Zuchthaus bis zu 12 Jahren bedrohten 10 Jahre, bei den mit Arbeitshaus bedrohten 5 Jahre, bei den nur mit Gefängniß bedrohten Uebertretungen 2 Jahre. Nach dem sächs. Gesetzb. Art. 110 verjährt die Strafbarkeit der von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechen mit 15 Jahren, die der nur auf Antrag zu verfolgenden mit 1 Jahre. Nach Art. 115 wird die Verjährung einer erkannten Strafe in denselben Fristen vollendet, in welcher die Untersuchung der That, wegen deren die Strafe erkannt wurde. Nach dem thüring. Gesetzb. Art. 71, 72 beträgt die Verjährungszeit für die von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechen 15, und bei den gesetzlich nur mit Gefängniß- oder Geldstrafe bedrohten Verbrechen 5 Jahre; für die nur auf Antrag eines Betheiligten zu bestrafenden Verbrechen 1 oder 5 Jahre, je nachdem der zur Anzeige Berechtigte Kenntniß von der Person des Verbrechers erlangt hat oder nicht. Gleiche Zeiträume gelten nach Art. 73 für die Verjährung erkannter Strafen; die 5 Jahre gelten sowohl für von Amtswegen zu verfolgende Verbrechen, wenn blos auf Gefängniß- oder Geldstrafe erkannt ist, als für auf Antrag eines Betheiligten zu verfolgende Verbrechen. Nach dem württemberg. Gesetzb. §. 130 verjähren die mit Tod oder lebenslänglichem Zuchthaus bedrohten Verbrechen in 20, die anderen, wo Verfahren von Amtswegen stattfindet, in 10, die nur auf Klage des Betheiligten zu verfolgenden in 2 Jahren. Nach dem hannöv. Gesetzb. Art. 89 ist die Verjährungszeit für mit Ketten- oder Zuchthausstrafe bedrohte Verbrechen auf 20, für die mit Arbeitshaus oder Dienstentsetzung bedrohten auf 10, bei anderen auf 5 Jahre gesetzt. Nach dem bad. Gesetzb. Art. 190 verjähren Verbrechen, auf welche Tod, lebenslängliches oder 8 Jahre übersteigendes Zuchthaus gesetzt ist, in 20, andere in 10, solche Verbrechen, welche nur auf Anklage verfolgt werden, in 2 Jahren. Das hess. Gesetzb. Art. 125 bestimmt bei den mit Tod oder lebenslänglichem Zuchthaus bedrohten Verbrechen 20, bei den mit mehr als einjährigem Correctionshaus oder Zuchthaus bedrohten 10, sonst 5 Jahre. Das braunschweig. Gesetzb. Art. 71, 72 bestimmt für Verbrechen mit Tod oder lebenslänglicher Kettenstrafe 20, mit zeitlicher Kettenstrafe 15, mit zeitlichem Zuchthaus 10, mit Zwangsarbeit oder Gefängniß nicht unter einem Jahre 5, mit Zwangsarbeit oder Gefängniß bis 1 Jahr 3 Jahre als Verjährungszeit; für die nicht von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechen 1 oder 5 Jahre, je nachdem der zur Anzeige Berechtigte Kenntniß von dem Verbrechen gehabt hat oder nicht; von den bereits erkannten Strafen verjährt zeitliche Kettenstrafe in 20 Jahren oder wenn die zu verjährende Strafe von längerer Dauer ist, in diesem Zeitraume; Zuchthaus in 15, Zwangsarbeit oder Gefängniß nicht unter einem Jahre in 10, dieselbe Strafe bis von 1 Jahre oder Verweis in 5 Jahren. Wegen mit Tod oder lebenslänglicher Kettenstrafe bedrohter Verbrechen findet, wenn die Untersuchung bereits eingeleitet oder eine solche Strafe erkannt war, Verjährung nicht statt; doch soll nach Ablauf von 20 Jahren statt der Todesstrafe lebenslängliche Kettenstrafe erkannt oder vollzogen werden.

1523) Nach dem österreich. Gesetzb. §. 229 kommt die Verjährung nur demjenigen zu statten, welcher von dem Verbrechen keinen Nutzen mehr in Händen, auch, soweit es die Natur des Verbrechens zuläßt, nach seinen Kräften Wiedererstattung geleistet, sich nicht aus den österreichischen Staaten geflüchtet und

schieden aus. Die Hauptansicht ist, daß die Strafbarkeit der That erlischt sowie wenn bereits erkannte Strafen in Frage sind, gegen welche die Verjährung nach einigen Gesetzbüchern stattfindet, daß die Verjährung gegen deren Vollziehung schützt. Ueber den Anfangspunkt der Verjährung drücken sich die Gesetzbücher verschieden aus[1524]). Hinsichtlich des Schlußpunktes enthalten mehrere Gesetzbücher die Bestimmung, daß die Verjährung mit dem Anfange des letzten Tages des gesetzlichen Zeitraumes als vollendet gilt[1525]). Ueber die Unterbrechung der Ver-

---

während der Verjährungszeit kein Verbrechen mehr begangen hat. Nach dem preuß. Gesetzb. §. 47 kommt dem, welcher nach begonnener Untersuchung, die aber nicht zur rechtskräftigen Verurtheilung geführt hat, geflüchtet ist, die sonst von der letzten gerichtlichen Handlung an beginnende neue Verjährung nicht zu statten. Das hannöv. Gesetzb. Art. 88 gestattet keine Verjährung, wenn sich der Verbrecher flüchtete. Nach dem sächs. Gesetzb. Art. 115 läuft die Verjährung gegen bereits erkannte Strafen, wenn sich der Verurtheilte der Strafvollstreckung durch die Flucht entzogen hat, nicht, so lange er nicht vor Gericht sich stellt oder gestellt wird.

1524) Das österreich. Gesetzb. §. 227 läßt die Verjährung vom Zeitpunkte des begangenen Verbrechens beginnen, ebenso das preuß. Gesetzb. §. 46 bei von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechen. Das sächs. Gesetzb. Art. 111, 112 datirt sie bei von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechen von dem Tage, an welchem der Thäter die That beendigt hat, ohne Unterschied, ob überhaupt und ob an diesem oder an einem späteren Tage der nach dem Gesetze zur Annahme der Vollendung der That nöthige Erfolg der Handlung eingetreten ist; bei fortgesetzten Verbrechen von der letzten strafbaren Handlung, bei fortdauernden von dem Aufhören derselben, bei der Bigamie insbesondre von der Auflösung der früheren oder späteren Ehe oder von der völligen Aufgebung des verbrecherischen Eheverhältnisses an. Das würtemberg. Gesetzb. Art. 132 bezeichnet als Anfangspunkt der Verjährung ebenfalls den Augenblick der beendigten That, das hess. Gesetzb. §. 124 den Tag der Verübung, das hannöv. Gesetzb. Art. 88 den Augenblick der begonnenen That, das bad. Gesetzb. §. 191 bei vollendetem Verbrechen den Augenblick, wo dasselbe als vollendet gilt, bei versuchten Verbrechen den Augenblick der Beendigung der letzten Versuchshandlung, das thüring. Gesetzb. Art. 71 bei von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechen den Augenblick, wo die verbrecherische That vollbracht, eine Versuchshandlung beendigt und bei fortgesetzten Verbrechen die letzte verbrecherische Handlung vollbracht wurde; das braunschweig. Gesetzb. §. 72 bei von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechen den Augenblick, in welchem das Verbrechen vollbracht oder die Versuchshandlung beendigt ist, bei fortdauernden Verbrechen den Zeitpunkt ihres Aufhörens. Was die nur auf Antrag eines Betheiligten zu verfolgenden Verbrechen betrifft, so datirt das preuß. Gesetzb. §. 50 die Verjährung von der Zeit, zu welcher der zum Antrage Berechtigte Kenntniß von dem gegen ihn begangenen Verbrechen und von der Person des Thäters erhalten hat, ebenso das sächs. Gesetzb. Art. 111. Damit stimmt hinsichtlich der einjährigen Verjährung das braunschweig. Gesetzb. Art. 72 und das thüring. Gesetzb. Art. 72 überein, während die 5jährige Verjährung ohne Rücksicht auf den Umstand, ob der zum Antrage Berechtigte Kenntniß erhalten hat oder nicht, läuft. Das bad. Gesetzb. Art. 190 datirt die Verjährung von zwei Jahren von der That oder von der dem Betheiligten erst später gewordenen Kenntniß, die von 10 Jahren vom Tage der Verübung ohne Rücksicht, ob der Betheiligte Kenntniß hatte oder nicht.

1525) Sächs. Gesetzb. Art. 113. Thüring. Gesetzb. Art. 75. Braunschw. Gesetzb. Art. 72.

jährung sind die Bestimmungen ausführlich[1526]). Daß von der letzten gerichtlichen Handlung an die Verjährung von neuem beginnen könne, ist in mehreren Gesetzgebungen anerkannt[1527]). Heimbach sen.

Verschollenheit[1]). Der natürlichen Rechtsfähigkeit des Menschen wird durch den Tod ein Ende gemacht. Ist nun auch bei dem Tode eines Menschen nicht in dem Maße wie bei der Geburt eine genauere Feststellung seiner Elemente nöthig, so erregt doch im einzelnen Falle der Beweis, daß und wann der Tod eingetreten ist, nicht geringe Schwierigkeiten, und es ist der Erfolg eines solchen Beweises um so bedeutsamer, je mehr und wichtigere Rechtsverhältnisse durch den Tod eines Menschen für Dritte entstehen und hierdurch bedingt sind.

Die Erfahrung lehrt, daß jene Schwierigkeiten, den Tod eines Menschen und den Zeitpunkt, wann dieser erfolgt ist, durch die gewöhnlichen Beweismittel darzuthun, im einzelnen Falle nach Lage der Umstände so groß und unübersteiglich sein können und daß die Erlangung eines günstigen Ausfalles oft außer dem Bereiche der Möglichkeit liegt. Zwar finden sich in dieser Beziehung für gewisse Fälle schon im römischen Rechte einige Normen, durch welche einzelne zweifelhafte Fragen durch Aufstellung von Präsumtionen entschieden worden sind. So soll dann, wenn von zwei Menschen gewiß ist, nicht nur, daß sie überhaupt verstorben sind, sondern auch, daß ihr Tod an einem und demselben Tage eingetreten ist, es aber immer noch ungewiß ist, welcher früher und welcher später verstorben sei, im allgemeinen angenommen werden, daß beide in einem und demselben Augenblicke umgekommen seien[2]), wo-

---

1526) Vergl. österreich. Gesetzb. §. 227. Preuß. Gesetzb. §. 48. Sächs. Gesetzb. Art. 114. Würtemb. Gesetzb. Art. 132. Thüring. Gesetzb. Art. 71, 72. Bad. Gesetzb. Art. 192, 193. Hess. Gesetzb. Art. 127. Braunschweig. Gesetzb. Art. 72.

1527) Preuß. Gesetzb. §. 47. Sächs. Gesetzb. Art. 114. Würtemb. Gesetzb. Art. 132. Bad. Gesetzb. Art. 193. Hess. Gesetzb. §. 127. Thüring. Gesetzb. Art. 71. Braunschw. Gesetzb. Art. 72.

1) Literatur: Hartmann Pistor. observ. Carpzov, iurisprud. for. P. III. const. 15. def. 57. Glück, Comment. zu d. Pand. Bd. VII, S. 494 flg. und Bd. XXXIII, S. 266 flg. u. die das. Citirten. Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. II, Abh. V, S. 236 flg. u. Bd. IV, Abh. XI, S. 352 flg. Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes Bd. II, S. 218 flg. Mittermaier, Grundf. des gem. teutschen Privatr. (7. Ausg. 1847) §. 147. 429. Hillebrand, Lehrb. des heut. gem. teutschen Privatr. (Leipzig 1849) S. 55, 567. Rudorff, das Recht der Vormundschaft (Berlin 1832) Bd. I, S. 148 flg. Bluntschli, teutsches Privatrecht (München 1853) §. 17, 183. Gengler, Lehrb. des teutschen Privatr. (Erlangen 1854) S. 70 flg. Gerber, System des teutschen Privatr. §. 34, 247. Beseler, Syst. des gem. t. Privatr. (Leipzig 1847 flg.) Bd. I, S. 305. Bd. II, S. 481 flg. Renaud, Lehrb. des gem teutschen Privatr. Bd I, (Pforzheim 1848) S. 140 flg. Bruns, in den Jahrb. f. gem. teutsches Recht 1857 Bd. 1, Heft 1, S. 90 flg.

2) L. 9. §. 1. 3. 4. L. 16. 17. 18. D. de reb. dub. (34. 5.) L. 34. D. ad Sct. Trebellian. (36. 1.) L. 32. §. 14. D. de don. int. vir. et uxor. (24. 1.) L. 26. D. de mort. c. don. (39. 6.)

von jedoch eine Ausnahme für den gemeinschaftlichen gewaltsamen Tod eines Kindes mit seinem Vater oder seiner Mutter dahin besteht, daß, wenn hier das Kind unmündig, dessen früherer Tod, wenn es aber mündig gewesen, dessen späterer Tod vermuthet werden soll[3]). Allein es leuchtet ein, daß diese einzelnen Entscheidungen des römischen Rechtes nicht ausreichen für den Fall, wo nicht blos über die Zeit des Eintrittes des Todes an sich, sondern überhaupt über das Leben und den Tod eines Menschen eine Gewißheit nicht vorhanden und daher es überhaupt zweifelhaft ist, ob Jemand noch lebe oder verstorben sei; wie dies namentlich dann hervortritt, wo Jemand längere Zeit hindurch ohne sichere Nachricht von sich gegeben zu haben oder zu geben, von seinem früheren Wohnorte abwesend gewesen ist, so daß über seinen Aufenthalt und überhaupt über sein Leben nichts mehr bekannt ist. Es können hierbei die Umstände in einer Weise vorliegen, daß man nach aller menschlichen Einsicht mit der höchsten Wahrscheinlichkeit eine Person als verstorben betrachten kann, welche dennoch, da hierfür die erforderlichen juristischen Beweise mangeln, als lebend fortgelten muß[4]), so daß folgeweise diejenigen Rechtsverhältnisse, welche nach dem Tode einer festeren Regelung und Anordnung bedürfen, auf unbestimmte Zeit hin in einem schwankenden und unentschiedenen Zustande bleiben. In dieser Richtung abhelfend hat sich durch teutsches Gewohnheitsrecht[5]) das Institut der Verschollenheit ausgebildet, unter welchem letzteren man eben die eine längere Zeit hindurch ununterbrochene Nachrichtslosigkeit über die Existenz eines Abwesenden zu verstehen hat.

1. Was ihre Voraussetzungen anbelangt, so muß die Abwesenheit von dem Wohnorte solange gedauert haben, daß der erfolgte Tod als wahrscheinlich angesehen werden kann. Man ging hierbei wohl von der Meinung aus, daß ein Abwesender wohl das Bedürfniß selbst

---

3) Diese eben erwähnte Ausnahme erleidet aber wiederum folgende Beschränkungen: a) wenn ein Freigelassener zugleich mit seinem Sohne umkommt, so wird hier, nach der allgemeineren Regel, gleichzeitiger Tod vermuthet, so daß in keinem Falle das Ueberleben des Sohnes vermuthet werden soll, wovon der Grund in einer Begünstigung des Patrons zu suchen ist, dessen Erbansprüche durch den erweislich überlebenden Sohn beschränkt werden würden; b) das Nämliche soll in dem Fall eintreten, wenn ein Testator seinem Erben ein Fideicommiß unter der Bedingung auferlegt, si sine liberis decesserit. Kommt dieser Erbe zugleich mit seinem Sohne durch Schiffbruch um, so soll, selbst wenn der Sohn bereits mündig war, gleichzeitiger Tod angenommen werden, so daß also gefolgert wird, der Sohn habe den Vater nicht überlebt und es müsse folglich das Fideicommiß ohne weiteres ausgezahlt werden, weil dessen Bedingung (der Tod ohne überlebende Kinder) infolge jener Präsumtion eingetreten ist. Siehe L. 9. §. 2. D. de reb. dub. (34. 5.) L. 17. §. 7. D. ad SC. Trebellian. (36. 1.) Mühlenbruch, im Archiv f. civil. Praxis Bd. IV, Nr. 27. Vangerow, Pand. §. 33.

4) Reyscher, würtemberg. Privatr. §. 156. Gerber a. a. O. §. 55. Seuffert, Blätter f. Rechtsanwend. Jahrg. XIX, S. 29 flg.

5) Kraut a. a. O. S. 221 flg. Gengler, Lehrb. des teutschen Privatr. S. 71 flg.

erkennen oder fühlen müsse, den Seinigen oder der Obrigkeit bei längerer Abwesenheit von seinem Leben und Aufenthalte von Zeit zu Zeit Nachricht zu geben, und daß das längere Ausbleiben dieser Nachrichtsertheilungen die Vermuthung des Ablebens zu erwecken geeignet sei. Ueber den Umfang des Zeitraums, während dessen der Abwesende eine Nachricht von sich gegeben hat, hat sich eine allgemeine Norm nicht gebildet[6]; wohl aber finden sich deren häufig in den Particulargesetzgebungen[7]), welche hierüber unter sich mehr oder weniger abweichen.

II. Folgen der Verschollenheit. 1) Güterpflege für den Abwesenden[8]). Schon nach dem römischen Rechte hatte die Abwesenheit eines Menschen, sobald dieser einen Bevollmächtigten nicht zurückgelassen hatte, die Folge, daß für ihn auf Antrag seiner Gläubiger oder seiner Erben oder derjenigen, welche aus anderen Gründen ein Interesse hatten, von der Obrigkeit eine cura absentis angeordnet wurde[9]). Die Wahl dieses Curators hing hier lediglich von dem Ermessen der Obrigkeit ab, wobei persönliche Fähigkeit des zu bestellenden Pflegers eine Hauptrücksicht war und sein mußte. Diese cura absentis war übrigens keine administratio, sondern eine bloße custodia[10]), so daß dem Vormunde, was schon aus dem Zwecke seiner Bestellung zu entnehmen ist, nicht eine Vertretung des Abwesenden in Betreff seiner Vermögensrechte zusteht, sondern seine Thätigkeit sich lediglich auf erhaltende Maßregeln in Ansehung der eines einstweiligen Schutzes bedürftigen Vermögensgegenstände beschränkt und deshalb dem Curator einer ruhenden Erbschaft (hereditas iacens) gleichzustellen ist[11]).

In Teutschland nahm die Vormundschaft über Verschollene eine eigenthümliche Ausbildung, deren Spuren sich schon frühzeitig zeigen und das Gewohnheitsrecht als Quelle der Entstehung dieses Institutes erblicken läßt[12]), so daß es hiernach gewiß nicht gerechtfertigt

6) Man hat hier wohl den Zeitraum von 30 Jahren als gemeinrechtlich festgesetzt annehmen wollen, s. z. B. Ludwig, in dem gelehrten Anzeiger Th. II, St. 214, S. 928, allein ohne Grund.

7) S. die bei Mittermaier a. a. O. §. 147 u. N. 5 u. bei Gengler a. a. O. §. 14, S. 69 citirten, u. S. 73. Kraut a. a. O. S. 244 flg.

8) Siehe die Literatur bei Glück, Comm. Bd. 33, S. 260, N. 19 und oben i. A.

9) L. 15. pr. D. ex quib. caus. mai. (4. 6.) L. 6. §. 4. D. de tut. (26. 1.) L. 6. §. 2. D. quib. ex caus. in poss. (42. 4.) L. 22. §. 1. D. de reb. auctor. iud. —

10) Arg. L. 48. D. de administr. et pen. tut. (26. 7.) Glück, Comment. Bd. 33, S. 262. Pfeiffer a. a. O. IV, S. 353, §. 2, 3.

11) L. 8. D. quib. ex caus. in poss. (42. 4.) L. 1. §. 4. D. de munerib. (52. 4.) Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Bd. I, Abth. 2, §. 238. Bd. III, §. 84. Seuffert, Pandektenr. Bd. III, §. 514. Rudorff, das Recht der Vormundschaft Bd. I, S. 146 flg. Puchta, Pand. §. 330. Pfeiffer a. a. O. Bd. IV, S. 355.

12) Goslar. Stat. S. 14, Z. 19 flg. Magdeburg. Sch. U. A. Böhme, VI, S. 91, Nr. 3, abgedruckt bei Kraut a. a. O. S. 222 flg. und diesen selbst

erscheint, wenn z. B. Mittermaier[13]) und Pfeiffer[14]) dem Institute eine blos particularrechtliche Bedeutung beizulegen geneigt sind.

Das ältere teutsche Recht hatte den Grundsatz, daß ein Abwesender bis zu seiner Rückkehr als todt angesehen und demgemäß sein Vermögen als Erbschaft behandelt werde[15]). Diese Abwesenheit muß jedoch die Merkmale der Verschollenheit haben, und es erklären sich daraus die einzelnen Wirkungen dieser Vormundschaft, deren Bestellung übrigens nach den Particularrechten öfters ein Verfahren voraussetzt, nach welchem der Abwesende unter der Androhung in Betreff seines Vermögens für verschollen erklärt zu werden, durch Edictalien vorgeladen und, falls er innerhalb der festgesetzten Frist nicht erscheint oder einen gehörigen Bevollmächtigten nicht stellt, er förmlich für verschollen anerkannt und sein Vermögen seinen nächsten Erben ausgeantwortet wird[16]).

---

a. a. O. S. 221 flg. S. auch Pingizer, quaest. saxon. (Lips. 1607. 4.) qu. 5. nr. 13. Carpzov, iurispr. for. P. III. const. 15. def. 48. n. 2. 3. Eiusdem respons. Lib. V. resp. 83. nr. 3. Brunnemann, comment. in Pand. Lib. 42. Tit. 7. L. 2. not. 16. Schorch, medit. de curator. Lips. et Frcf. 1761. Rudorff a. a. O. 6, N. I. Glück, Comm. Bd. 33, S. 265. Hildebrand, Lehrb. des heut. gem. teutschen Privatr. (Leipzig 1849) §. 181.

13) A. a. O. §. 429.

14) A. a. O. Bd. II, S. 239; s. auch Beseler, teutsches Privatr. Bd. II, §. 148, S. 482 flg. hinter Note 5.

15) Zeugnisse aus den älteren Rechten finden sich schon in LL. Liutprandi Longobard. Reg. 18. (3. 4.): Si quis ad negotium peragendum vel pro qualicumque artificio intra provinciam vel extra ambulaverit, et intra tres annos regressus non fuerit, et forsitan infirmitas ei emerserit, faciat scire iudici per missum suum. Nam si hoc distulerit mandare, et filios reliquerit, habeant res ipsius in suo iure. Et cuicunque filii transacto constituto cautiones vel venditiones, aut qualescunque obligationes de rebus patris fecerint, stabiles permaneant, et delicta patris et tua persolvant. Et si ipse postea reversus fuerit, iubemus, ut nec ac suis filiis recipiatur, nec res suas in potestate habeat. Quod si filii ipsius sine notitia et iussione Regis eum recolligere praesumpserit, omnes res ipsorum et patris substantia ad curtem Regis revolvantur. Et si filios non habuerit aut filias, sed fratres, ipsi res eius habeant. Et si nec fratres habuerit, habeant proximi parentes. Et si nec proximi parentes inventi fuerint, qui legibus succedere possint, post praedictos tres annos curtis Regia succedat. Auch Lübecker Oberstadtbuch-Inscription vom J. 1373, bei Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Recht Th. 3, S. 133: Notandum quod ad Godscalcum Constantini per mortem fratris sui Iohannis Constantini hereditarie devoluta est domus pridem eiusdem Iohannis, quam — Constantinus Constantini, frater suus — cedens eidem Godscalco fratri suo soli — coram consilio resignavit. Et quia dictus Iohannes Constantini credebatur esse mortuus, caverunt et Consilio promiserunt dicti fratres Godscalcus et Constantinus, ut si adhuc viveret et bona sua repeteret, deberet sibi predicta domus libere reddi sic uti sibi fuerat asscripta anno LXIII. Trin.

16) S. Cod. Maxim. Bav. civ. I. 7. §. 39. Bremer Verordnung wegen der Verschollenen v. 28. Juni 1826. Kurs. Vormundschaftsordn. Cap. 25, §. 3. Glück, Comm. Bd. 33, S. 301 flg. Claproth, summar. Processe §. 223, S. 308 a. Quistorp, rechtl. Bemerk. Th. I, Bem. XVI, S. 76 flg. Kraut, a. a. O. S. 244. Ist einmal durch das Gesetz das Mittel der Edictalladung als Mittel zur Feststellung der Verschollenheit vorgeschrieben, so kann man auch nicht mit Quistorp a. a. O. S. 78 u. Glück a. a. O. es für genügend erachten,

Ueber die Eigenthümlichkeiten dieser teutschrechtlichen Vormundschaft ist folgendes hervorzuheben:

1) Das rechtliche Fundament dieser Vormundschaft über das Vermögen des Verschollenen besteht in dem präsumtiven Erbrechte und dem eigenen Interesse, welches diejenigen, denen jenes zusteht, bei der Erhaltung des von dem Verschollenen zurückgelassenen und sobald der Tod nachgewiesen ist oder nach Vorschrift der Gesetze als eingetreten angenommen werden darf, ihnen erblich zufallenden Vermögens haben [17]. Hierdurch und daß diese teutschrechtliche Curatel zur Sicherung eventueller Erbansprüche dienen soll, unterscheidet sie sich wesentlich von der römischrechtlichen cura absentis, bei welcher jenes eigene Interesse des Vormundes gänzlich mangelt [18]. Daß nur derjenige, welcher nachweisbar gerade der nächste Erbe zu dem Vermögen des Verstorbenen ist, zur Vormundschaft berechtigt sei, ist nicht erforderlich, sofern er nicht mit einem Anderen, welcher ein näheres Erbrecht darzuthun vermag, collidirte, und sofern er überhaupt seine Blutsverwandtschaft nachweisen kann [19]. Aus dem angegebenen Grundsatze, wonach der Verschollene als todt angesehen werden soll, ergiebt sich auch die Qualificirung der Befugnisse des Vormundes hinsichtlich des seiner Obhut anvertrauten Vermögens des Verschollenen. Nach der Auffassung des älteren teutschen Rechtes kann der Besitz dieses Vermögens von Seiten des Vormundes als Erben nur eine successio anticipata, nicht aber successio conditionala sein, da der Erbe das Vermögen des Verschollenen so lange und zwar als wahrer Erbe besaß, bis jene Resolutivbedingung eintrat, daß nämlich binnen des Zeitraums, innerhalb

---

wenn diejenigen, welche als nächste Präsumtiverben das nächste Recht auf die Uebernahme der Curatel haben, durch beglaubigte Nachrichten darzuthun im Stande sein sollten, daß sie sich alle Mühe gegeben haben, den Aufenthalt des längere Zeit hindurch Abwesenden auszukundschaften, diese ihre Bemühungen aber erfolglos gewesen sind. — Bisweilen ist nach Particularrechten ein gewisser Zeitraum nach dem Eingange der letzten Nachrichten von dem Verschollenen erfordert.

17) Pfeiffer a. a. O. Bd. II, S. 240 flg. Kraut a. a. O. S. 218 flg. Gerber a. a. O. Bd. II, §. 247. Mittermaier a. a. O. §. 249. Hillebrand a. a. O.

18) Carpzov, iurisprud. for. P. III. c. 15. def. 48. Hellfeld, iurisprud. for. §. 1397.

19) Kraut a. a. O. S. 223 flg. Dagegen ist, da der Vormund als nächster Erbe das Vermögen des Verschollenen gewissermaßen als eigenes, im eigenen Interesse besitzt und bezüglich benutzt, die persönliche Fähigkeit des Vormundes nicht erforderlich, vielmehr gelangt der nächste Erbe zur Uebernahme dieser Vormundschaft ohne Rücksicht auf Geschlecht oder sonstige Eigenschaften. Melden sich mehrere gleichnahe Erben, so sind dieselben zugleich zu bestellen. Ein schon bestellter Dativcurator muß daher, selbst wenn er etwa ein Verwandter des Verschollenen wäre, einem erweislich näheren Präsumtiv-Erben weichen, ohne daß irgend ein anderer Grund als der des näheren präsumtiven Erbrechtes des letzteren anzuführen ist. Pfeiffer a. a. O. II, S. 243 flg., 244. Kraut a. a. O. S. 242. Rudorff, Recht der Vormundsch. Bd. I, S. 150.

dessen der Verschollene sein Vermögen zurückverlangen konnte[20]), der Abwesende entweder zurückkehrte oder Jemand ein näheres Erbrecht darlegte. Hiernach mußte dieses Vermögen, wenn dessen Inhaber stirbt, auf seinen nächsten Intestaterben mit der nämlichen Resolutivbedingung übergehen, unter welcher er selbst es besaß[21]), also nicht auf die alsdann nächsten Erben des Abwesenden. Ebenso folgt daraus weiter, daß der Vormund, weil er das Vermögen des Abwesenden als sein eigenes und nicht als ein fremdes inne hat, die Früchte desselben so lange als er es nach dem Vorstehenden nicht wieder herauszugeben hat, für sich zu ziehen berechtigt war[22]), und zwar ohne daß er als verbunden angesehen werden konnte, dann wenn der Verschollene binnen der bestimmten Frist wiederkehren sollte, die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte wieder herauszugeben oder zu ersetzen[23]). Dieser Grundsatz findet seine Anwendung bei allen Früchten, welche der Vormund während der Zeit, wo er sich in dem Besitze des Vermögens des Verschollenen befand, gezogen hat, und zwar mit der durch das teutsche Recht gezogenen Maßgabe, wornach als gezogene Früchte auch alle diejenigen gelten, für welche, vor der Klaganstellung, die zur Fruchterzeugung nöthigen Arbeiten vollendet worden sind, indem sie dann als verdientes Gut gelten[24]).

Die soeben bezeichnete Auffassung des teutschen Rechtes hat jedoch durch die Einführung des römischen Rechtes einer anderen, wesentlich davon verschiedenen, weichen müssen. Das römische Recht hat den Grundsatz: viventis nulla est hereditas, wornach solange, als der Tod einer Person nicht nachgewiesen ist, von einer Beerbung derselben nicht ge-

---

20) Nach Sachsenrecht mußte ein Abwesender binnen 30 Jahren Jahr und Tag mit seinen Ansprüchen auftreten, wenn er sie nicht durch Verjährung verlieren wollte. Sächs. Distinct. bei Pöhlmann, II, 1, 15 a. E. Verm. Sachsensp. I, 34, 1. Kraut a. a. O. S. 227.

21) Kraut a. a. O. S. 228.

22) Kraut a. a. O. S. 228.

23) Es kommen hier die Grundsätze in Betracht, welche das teutsche Recht über die Verbindlichkeit des Besitzers im guten Glauben zur Herausgabe der aus einer von ihm mit der Eigenthumsklage abgeforderten Sache gezogenen Früchte aufstellt. Hiernach kann derjenige, welcher aus einem rechtlichen Grunde die Gewere eines Gutes, und zwar ohne Anwendung widerrechtlicher Gewalt, erhalten hat, dann, wenn ihm dasselbe später abgestritten wird, nicht gezwungen werden, das, was er aus demselben gewonnen hat, zurückzugeben oder es zu ersetzen, sobald er sich nur nicht geweigert hat, das Gut vor Gericht zu vertreten. Sachsensp. II, 44, §. 2. Kraut a. a. O. S. 229.

24) Sächs. Landr. B. 2, Art. 58, §. 1. B. 3, Art. 76, §. 5. Heimbach, Lehre von der Frucht (Leipzig 1843) S. 271 flg., 282 flg., 285 flg., vgl. auch Haubold, kgl. sächs. Privatr. §. 183. Heimbach, Lehrb. des part. Privatr. der zu den OAGerichten zu Jena und Zerbst vereinten Staaten (Jena 1848) §. 183. Wenn der Besitzer, während er noch mit der Arbeit beschäftigt ist, in Klage genommen wird, so gebühren die dadurch erzielten Früchte dem Kläger, ohne daß der Verklagte, welcher auf Herausgabe der Sache verurtheilt ist, Ersatz für die aufgewendete Arbeit verlangen darf. Sachsensp. II, Art. 46, §. 1, 2 und den vorhin cit. Heimbach, von der Frucht S. 297 flg.

sprochen werden kann[25]). Dieser Grundsatz hat in Teutschland anerkannt gemeinrechtliche Geltung und Ansehen erlangt[26]) und hatte zur Folge, daß er nicht nur für das hier in Frage stehende Institut der teutschrechtlichen Vormundschaft über das Vermögen eines Verschollenen nunmehr Anwendung fand, wornach so lange als der Tod des Abwesenden noch nicht erwiesen oder der Moment, wo für den Tod eine gesetzliche Präsumtion streitet, nicht eingetreten ist, der Erbe des Abwesenden als Vormund, dessen Vermögen nicht mehr wie nach dem älteren teutschen Rechte als ein eigenes, sondern blos ein fremdes in Besitz haben kann und es auch nur unter der Voraussetzung behalten kann, wenn er noch zur Zeit des wirklich eingetretenen oder präsumirten Todes des Verschollenen dessen nächster Erbe ist, sondern jener Satz auch die Entstehung eines weiter unten zu besprechenden Institutes geworden ist, wornach zu dem Zwecke, um eine (definitive) Beerbung des Verschollenen herbeizuführen, dieser mit dem Eintritte eines gewissen Zeitpunktes für todt erklärt wurde[27]). Man behandelte hiernach von nun an den Vormund des Verschollenen im wesentlichen als einen curator absentis nach römischrechtlichen Grundsätzen. Hieraus würde sich freilich mit einer gewissen Nothwendigkeit ergeben, daß nun auch die aus dem älteren teutschen Rechtsgrundsatze über die Behandlung des Vermögens des Verschollenen hervorfließenden Normen als aufgehoben zu betrachten seien. Allein dies darf in dieser Allgemeinheit nicht angenommen werden. Denn wen insbesondre das unbedingte Recht der nächsten Anverwandten auf die Vormundschaft über des letzteren Vermögen betrifft, so ist dies nachweisbar nach wie vor durchaus unverändert geblieben, indem jenes Recht so fest in dem Volksrechte begründet war, daß es durch die veränderte Auffassungsweise, welche durch das Eindringen des römischen Rechtes und durch die Juristen dem Verhältnisse des Vormundes eines Verschollenen gegeben worden war, nicht erschüttert wurde und die Basis des Institutes unverändert blieb[28]).

Nicht in gleicher Weise verhält es sich mit dem Anspruche des Vormundes als nächsten Erben auf die Früchte des Vermögens des Abwesenden, welcher ihm nach dem teutschen Rechte zustand. In Gemäßheit der neueren Auffassungsweise, nach welcher der Vormund das Vermögen des Verschollenen nur noch als fremdes bis zu dem Zeitpunkte des eingetretenen oder präsumirten Todes soll behalten dürfen, erklärten sich bald viele Juristen[29]) für die Meinung, daß der Vormund zur

---

25) L. 19. 27. D. de acquir. hered. (29. 2.) C. 4. Cod. de postlim. revers. (VIII. 51.)

26) Hartmann Pistor. Obs. 103.

27) S. unten sub II.

28) S. Glück, Comm. Bd. 33, S. 270 flg. Pfeiffer a. a. O. S. 242 flg. Flach, Entscheid. des herzogl. Nass. OAGerichtes zu Wiesbaden (Gießen 1842) Bd. I, S. 140 flg. Kraut a. a. O. S. 236.

29) Siehe z. B. Carpzov, iurispr. for. P. III. const. 15. def. 55. nr. 3.

Berechnung und Erstattung aller Früchte verbunden sei, selbst wenn sie den Kapitalbetrag des Vermögens übersteigen sollten; wie denn einer der älteren Wortführer dieser Ansicht geradezu dahin sich ausdrückt: nec enim proprietas, nec ususfructus bonorum ipsi datus est, sed cura et administratio, quae necessitatem rationum reddendarum habet annexam. — Satisdationis effectus, ut et ipsius curae bonorum in hoc potissimum consistit, ut revertente eo, qui diu absens fuit, restituatur proprietas bonorum una cum fructibus perceptis. Solent enim fructus tanquam accessiones omnimodo sequi causam dominii. At quid si fructus ipsa bona superent? Nihilominus eos deberi puto [30]). Ebenso stimmen hiermit mehrere neuere Rechtslehrer überein [31]). Andererseits haben jedoch die Mehrzahl Juristen sich für die entgegengesetzte Meinung, daß dem Vormunde ein Anspruch auf die Früchte des Vermögens des Verschollenen zustehe [32]), erklärt, sowie dieser Satz auch nicht nur in manchen Gegenden gewohnheitsrechtlich feststeht, sondern auch in mehreren Particulargesetzgebungen ausdrücklich anerkannt ist [33]). Erwägt man jedoch, daß kein triftiger Grund ersichtlich ist, aus welchem derjenige, der den vorläufigen (provisorischen) Besitz der Güter des Abwesenden, als dessen präsumtiver nächster Erbe, erhalten hat, die Verwaltung dieser Güter gerade unentgeltlich führen soll; daß ferner ein solcher Vormund in dem Falle, wenn ihm die Verbindlichkeit obliegen sollte, nicht nur wegen der Verwaltung des Kapitalbestandes, sondern auch der Nutzungen Rechnung abzulegen und für deren Aufbewahrung und Anlegung zu sorgen, offenbar sich in einer sogar weit ungünstigeren Lage als diejenigen Curatoren, denen die Curatel als munus civile übertragen worden, insbesondre durch die jenen obliegende Cautionsleistung zu einem das ganze ihnen zur Verwaltung überlassene Vermögen deckenden Betrage befinden würde; daß endlich der Vormund des Vermögens eines Verschollenen aus dem Grunde eines präsumtiven nächsten Erbrechtes in den Besitz der Güter eingewiesen worden ist, sonach aber dieselben eben hierdurch als eigene, im

---

Smalcalder, diss. de his qui disparuerunt §. 35. Eisenhardt, instit. iur. germ. priv. Lib. I. Claproth, summar. Proc. §. 224. Hofacker, princ. iur. civ. T. I. §. 710. nr. II. Haase, über Edictalladungen u. Edictalprocesse (Leipzig 1817) Cap. 10, §. 6, S. 116.

30) L. c. defin. 56.

31) Z. B. Hillebrand a. a. O. §. 181 b, N. 8. Rudorff a. a. O. Bd. I, S. 131 b, N. 13.

32) Leyser, medit. ad Pand. sp. 97. m. 2. Glück a. a. O. Bd. 33, S. 285 flg. Pfeiffer a. a. O. Bd. II, S. 250 flg. Mittermaier a. a. O. §. 429. Kraut a. a. O. S. 237 flg. Gerber a. a. O. Bd. II, S. 193. Bluntschli a. a. O. Bd. II, S. 355 u. §. 183.

33) Z. B. Erbrecht der Stadt Mühlhausen v. 1742 Th. 2, Tit. 11, §. 5. Bamberg. Landrecht v. 1769 Th. 1, Anh. 3, Tit. 1, §. 1. Bremer Verordn. wegen der Verschollenen v. 3. Juli 1826 §. 11, 14, 18. Mainzer Landr. Tit. 14, §. 11. Eigenbrod, Handb. der großherz. hess. Verordnungen v. J. 1803 flg. Bd. III, S. 437 flg. v. Kamptz, mecklenburg. Civilr. Th. 2, S. 707.

eigenen Namen und im eigenen Interesse verwaltet hat; so verdient die Meinung, daß der Vormund ebenso wie ein Besitzer im guten Glauben nur zur Herausgabe derjenigen Nutzungen angehalten werden dürfe, welche zu der Zeit, wo das Vermögen von dem wiederkehrenden Abwesenden (oder einem näheren Erben) zurückgefordert wird, noch vorhanden sind [34]), gewiß den Vorzug, da der Anspruch auf die Früchte ebenso wie das Recht des nächsten Erben auf den Besitz des Vermögens in der Volksansicht wurzelte und er das Wesentliche und theilweise der Zweck der Sache war [35]).

2) Die Art der Verwaltung der Vormundschaft eines Verschollenen anbelangend, so sind auf sie die allgemeinen Grundsätze von der Vormundschaft anzuwenden, soweit nicht die in dem teutschen Rechte liegende Basis des Institutes, nämlich der Anspruch der nächsten Erben auf die Vormundschaft und — soweit nicht Particularrechte oder sonstige Normen entgegenstehen — der Anspruch auf den Fruchtgenuß, eine Abweichung gebieten. Es muß daher a) der Vormund von der zuständigen Obrigkeit bestätigt werden [36]). In Betreff der Competenz hat man wohl zuweilen angenommen [37]), daß jene Bestätigung von derjenigen Obrigkeit geschehen müsse, in deren Sprengel das Vermögen des Verschollenen gelegen sei, so daß also, wenn dieses Vermögen in mehreren Gerichtsbezirken sich befinde, von jedem der verschiedenen Gerichte ein besonderer Vormund zu bestellen sein würde. Es scheint dies jedoch aus Gründen, welche in der Stellung des Vormundes und dem Umfange seiner Vertretung liegen, nicht richtig und vielmehr anzunehmen, daß der Richter desjenigen Ortes, an welchem der Verschollene zuletzt sein Domicil gehabt hat, den Vormund zu bestätigen habe, wie dies auch particularrechtlich anerkannt ist [38]). b) Beim Antritte der Vormundschaft hat der Vormund vor allen Dingen ein gehöriges Inventarium aufzunehmen. Diese Obliegenheit folgt aus der Verbindlichkeit des Vormundes zur eventuellen Restitution des Vermögens von selbst [39]). Eigen-

34) S. Glück a. a. O. Bd. 33, S. 285 flg. Pfeiffer a. a. O. Bd. II, S. 250 flg. Kraut a. a. O. S. 240.

35) Kraut a. a. O. S. 237. Flach a. a. O.

36) Carpzov l. c. P. III. const. XV. def. 52. Leyser, med. ad Pand. sp. 97. m. 3. Kraut a. a. O. S. 246 flg., §. 64.

37) Carpzov l. c. Bardili, diss. curat. bonor. absent. c. VII. §. 28.

38) S. z. B. Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. §. 280. Kurs. Vormundschaftsordn. v. J. 1782 Cap. 25, §. 4.

39) Pfeiffer a. a. O. Bd. II, S. 246. Glück a. a. O. S. 275. Es wird als Vorsicht empfohlen, daß der Vormund in dem aufgenommenen Inventar zugleich genau bemerke, in welchem Zustande sich die Sachen, namentlich Gebäude, zur Zeit der übernommenen Verwaltung befunden haben, um dadurch künftigen möglichen Verantwortungen bei dereinstiger Herausgabe des Vermögens zu entgehen. Die Obrigkeit darf in dieser Hinsicht den Vormund ermächtigen, auf Kosten des Verschollenen die unbeweglichen Güter von einem gerichtlich dazu ernannten Sachverständigen besichtigen zu lassen, dessen Gutachten über den Zu-

thümlich ist dieser Vormundschaft c) die **unbedingte Verpflichtung zur Sicherheitsleistung** wegen der etwaigen künftigen Rückgabe des Vermögens. Diese Sicherheitsleistung ist gerade hier um so nothwendiger, als dem Abwesenden keine gesetzliche Hypothek an dem Vermögen seines Vormundes zusteht[40]), weshalb auch Ansässigkeit den Vormund nicht von dieser Cautionsbestellung befreit[41]). Die Caution selbst muß durch Pfand oder tüchtige Bürgen beschafft werden[42]), und eine sog. juratorische Caution kann schon aus Rücksicht auf die vielleicht sehr lange Zeitdauer, während welcher die Verschollenheit und die Vormundschaft andauern kann, als genügend nicht betrachtet werden[43]). Ist der nächste Erbe nicht im Stande, die gehörige Sicherheit, welche übrigens dem Werthe des ihm anvertrauten Vermögens gleichkommen muß[44]), zu stellen, so kann er keinen Anspruch auf Uebernahme der Vormundschaft machen und in dem Falle, wo ihm der Anspruch auf die Früchte des ihm anvertrauten Vermögens nicht entzogen ist[45]), erscheint es dann consequent, eine gewöhnliche cura absentis anzuordnen, unter der Verpflichtung des Curators zur Herausgabe der gezogenen Früchte und Nutzungen an den oder die nächsten Erben des Verschollenen[46]). Wo der Anspruch des Vormundes auf den Fruchtbezug **nicht** anerkannt ist, ist in dem genannten Falle mit Uebergehung des nächsten Erben, welcher die Caution nicht beschaffen kann, jedoch unbeschadet seines Erbrechtes, demjenigen die Curatel zu übertragen, welcher nach ihm die fragliche Sicherheit zu leisten vermag[47]). Zwar hat man zuweilen angenommen[48]), daß diese Caution bei dem Gerichte zu bestellen sei, in dessen Bezirke das Vermögen des Abwesenden liege. Richtiger aber hat dies in demjenigen Gerichte zu geschehen, welches den Vormund bestellt

---

stand der Güter ihm als ein öffentliches, diesen Zustand constatirendes Document zum künftigen Beweise dienen kann.

40) L. 22. D. de reb. auct. iud. possid. (42. 5.) **Glück**, Comment. zu den Pand. Bd. 19, S. 154, N. 26 und die bei **Glück** a. a. O. Bd. 33, S. 275 in N. 60 angeführten Citate.

41) **Kraut** a. a. O. S. 248 b, N. 6. **Glück** a. a. O. S. 276 flg.

42) L. 3. C. de postlim. revers. **Mevius**, decis. T. I. p. 2. decis. 61. **Puchta**, Handb. des gerichtl. Verfahrens in nichtstr. bürgerl. Rechtss. Bd. II, §. 311. **Kraut** a. a. O. S. 248.

43) A. M. sind zwar P. **Mueller** ad **Struv.** T. I. ex. X. th. 66. not. δ. p. 695. **Carpzov** l. c. P. III. const. 15. def. 53. **Leyser** l. c. vol. II. Spec. XCVII. m. 4. **Harpprecht**, diss. de caut. iuratoria §. 55. in dissert. acad. v. I. disp. VI. pag. 227. **Hofacker** pr. i. civ. Tom. I. §. 708. Allein s. dagegen **Mevius**, decis. l. c. **Smalcalder** l. c. §. 23. 24. **Glück** a. a. O. S. 277, besonders **Kraut** a. a. O. S. 248 flg.

44) **Pfeiffer** a. a. O. Bd. II, S. 246.

45) S. oben.

46) Cf. Consil. nov. Tubing. Tom. VI. cons. 81. das ebenangef. Bamberg. Landrecht u. die cit. Bremer Verordn. **Arnold**, Beiträge zum teutschen Privatrechte Bd. I, S. 226. **Kraut** a. a. O. S. 249.

47) **Glück** a. a. O. Bd. 33, S. 277 flg.

48) **Carpzov** l. c. def. 52. **Smalcalder** l. c. §. 25.

hat[49]). Streitig ist, inwieweit den Vormund d) eine Verbindlichkeit zur Rechnungslegung treffe. Manche Juristen verlangen auch von dem teutschrechtlichen Vormunde des Verschollenen jährliche Rechnungslegung in gleichem Maße wie von jedem anderen Curator[50]), indem sie sich darauf stützen, daß die Curatel der Abwesenden eine gewöhnliche Realcuratel sei, welche der Beurtheilung nach römischem Rechte und den Reichsgesetzen unterliege. — Dieser Argumentation steht jedoch entgegen, daß die Reichsgesetze[51]) unsere teutschrechtliche Vormundschaft der Verschollenen gar nicht berühren, sondern blos von der Vormundschaft über Pupillen und Minderjährige handeln, von welcher letzterer auf jene eine analoge Anwendung wegen gänzlicher Verschiedenheit ihres Grundes und Wesens unstätthaft ist. Es ist daher durchaus consequent, wenigstens da, wo dem Vormunde der Fruchtgenuß gebührt, ihn von der jährlichen Rechnungsablegung zu entbinden, da er hier vorläufig ganz als Erbe behandelt wird. Denn da die von ihm geleistete Caution schon alles dasjenige erzielt, was für die Sicherung des Abwesenden im Falle seiner etwaigen dereinstigen Rückkehr erfordert werden kann, so ist für eine Rechnungslegung während der Dauer der Vormundschaft weder ein weiterer Gegenstand noch Zweck vorhanden. Nur im Falle der Rückkehr des Abwesenden oder des Nachweises eines näheren Erbrechtes eines Anderen, ist begreiflich Auskunft über den Zugang und Abgang des im Besitze gehabten Vermögens zu ertheilen[52]). In diesem Falle ist der Vormund eines Verschollenen übrigens gewiß nicht einem gewöhnlichen curator absentis in Bezug auf die Haftpflicht gleichzustellen, da jener nicht wie der letztere das Vermögen in fremdem, sondern hauptsächlich in eigenem Interesse verwaltet; weshalb es entsprechend, ihn nicht wie den gewöhnlichen Vormund nach römischrechtlichen Grundsätzen für omnis culpa[53]), sondern ihn vielmehr nach Analogie des creditor in possessionem missus zu behandeln und ihn blos für dolus und culpa lata haften zu lassen[54]).

---

49) S. oben Note 39 und Kraut a. a. O. S. 250, §. 64 a. E.

50) S. die bei Glück a. a. O. S. 281 in N. 80 Angeführten.

51) Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. 32.

52) Pfeiffer a. a. O. Bd. II, S. 247 flg. Glück a. a. O. S. 281. Kraut a. a. O. S. 250. Roßhirt bezeichnet das Verhältniß des Erben des Verschollenen zu dessen Vermögen, welches begreiflich nicht als Eigenthum, sondern nur als eine mit gewissen Genußrechten versehene Verwaltung angesehen werden kann, als Gewere zu treuer Hand. Gem. teutsches Civilr. Th. I (Heidelb. 1840) §. 81, S. 146.

53) L. 57. pr. D. de adm. et per. tut. (26. 7.) L. 1. pr. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.) Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht Bd. III, S. 235 flg. Arndts, Pand. (München 1853) §. 453.

54) L. 9. §. 5. D. de reb. auctor. iud. poss. (42. 5.) Rudorff, Recht der Vormundsch. Bd. I, S. 150. Kraut a. a. O. S. 251. Rudorff a. a. O. S. 150 bei N. 11. Darin stimmen Alle überein, daß, wenn der Abwesende, nachdem er bereits für todt und seine Güter für vererbt erklärt worden, wieder zurückkehrt und sich gehörig legitimirt, derselbe seine Güter nur mit denjenigen

Es ist hierbei noch der Fall in's Auge zu fassen, wo dem Vormunde des Verschollenen die Früchte des Vermögens, wie vorstehend, nicht gebühren. Hier ist jedenfalls die Stellung des Vormundes nach der römischrechtlichen Vormundschaft zu beurtheilen, und zwar einer solchen, welche mit einer wahren Verwaltung verbunden ist. Sowohl Praxis als auch die Particulargesetzgebungen, soweit sie hierher gehören, verpflichten den Vormund in dem hier fraglichen Falle zur jährlichen Rechnungsablegung [55]) sowie ihm auch unter den nämlichen Förmlichkeiten wie bei der cura minorum, Veräußerungen vorzunehmen, Verträge und andere Rechtsgeschäfte für den Abwesenden abzuschließen, Erwerbungen jeder Art für ihn vorzunehmen, Processe in dessen Namen zu führen [56]).

Betrachtet man nach dem Bisherigen die teutschrechtliche Vormundschaft über Verschollene, so wird, wo nicht besondere particularrechtliche Gründe eine Abweichung rechtfertigen, dann, wenn die Verschollenheit einer Person feststeht, der nächste Erbe derselben für berechtigt angesehen werden müssen, den Besitz der von dem Verschollenen hinterlassenen Güter als Vormund zu beanspruchen. Eine Abweichung hiervon ist allerdings in mehreren Ländern durch die Gesetzgebung herbeigeführt worden, wobei die teutschrechtliche Basis des Erbrechtes, welche der Vormundschaft eines Verschollenen untergelegt ist, ganz verlassen ist und lediglich die Grundsätze der Vormundschaft (s. oben) maßgebend hingestellt worden sind [57]). Diese eben bezeichnete Vormundschaft tritt aber nicht blos dann ein, wenn der Abwesende in der That als verschollen angesehen werden kann, sondern überhaupt stets, wenn eine Vormund-

---

Nutzungen, soviel deren noch vorhanden oder der Besitzer durch die Consumtion reicher geworden, zurückverlangen kann. I. H. de Berger, oec. iur. Lib. I. Tit. IV. th. 6. n. 11. cf. Leyser, med. ad P. sp. 95. m. 26. Smalcalder, diss. cit. de his qui disparuerunt §. 31. Eisenhart, instit. iur. germ. priv. Lib. I. tit. 20. §. 9. Claproth, summar. Proc. §. 225. Haase a. a. O. S. 121. Gleiches ist wohl überhaupt anzunehmen, wenn dem Vormunde der Fruchtgenuß zusteht und ein näherer Erbe sich meldet.

55) Hohenloh. Landr. V, 1, §. 24. Kurs. Vorm.-O. Cap. 25, §. 5. 7. Lüb. Vorm.-O. §. 102. Mecklenb. Verordn. v. d. cura abs. v. 1774/9 §. 2. Die oben angef. Brem. Verordn. §. 120. Preuß. Landr. II, 18, §. 19. v. Kreitmaier, Anmerk. z. d. Cod. Max. Bav. civ. I. 7. §. 39. nr. 6. Lit. m. Orth, Anm. z. Frankf. Ref. Forts. 3, S. 356. Pfeiffer a. a. O. Bd. IV. Kraut a. a. O. S. 251 flg.

56) Kraut a. a. O. S. 251 flg. Pfeiffer a. a. O. Bd. IV, S. 355 flg., §. 3. Wo nach dem bestehenden Rechte den Vormündern überhaupt ein Anspruch auf Honorar für ihre Geschäftsführung zusteht, muß man einen gleichen Anspruch auch dem Vormunde des Verschollenen, wenn er den Fruchtgenuß nicht hat, beilegen. Kraut a. a. O. S. 241.

57) Man vgl. hierbei namentlich z. B. das österreich. bürgerl. Gesetzb. §. 269, 270, 276, 282. Lüb. Vorm.-O. v. 1820 §. 98, 103. Preuß. Landr. II, 18, §. 19—27. §. 821—855. Hamburg. Vorm.-O. v. J. 1831 Art. 92, 96. Cit. kursächs. Vorm.-O. Cap. 25 und hierzu Curtius, sächs. Civilrecht Bd. I, §. 388 flg.

schaftsbestellung nöthig erscheint und endigt mit der Rückkehr des Abwesenden oder mit dessen wirklichem oder präsumtivem Tode. —

Es ist hier noch die Frage aufzuwerfen, ob die dem nächsten Erben einmal übertragene teutschrechtliche Vormundschaft über das von dem Verschollenen zurückgelassene Vermögen ihm, außer in dem Falle der Rückkehr des Verschollenen, niemals wieder entzogen werden könne und ob diese Vormundschaft auf die Erben des Vormundes übergehe.

Nach der jetzigen rechtlichen Auffassung des Institutes kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der zum Vormunde bestellte Präsumtiverbe den Besitz des Vermögens alsdann wieder abzutreten gehalten ist, wenn sich ein näherer Erbe meldet, und daß sonach in gleicher Weise zu verfahren ist, wenn nach dem Tode des Vormundes dessen Erben in einem entfernteren Grade zu dem Abwesenden als andere Verwandte desselben stehen würden [58]).

Die Aufhebung der Vormundschaft für Verschollene erfolgt 1) durch den Eintritt des wirklichen Todes desselben; 2) durch die Rückkehr des Abwesenden oder sobald derselbe einen gehörigen Bevollmächtigten ernennt. Hierbei genügt jedoch nicht der bloße Nachweis des Lebens des seither Verschollenen, sondern es muß derselbe im Stande sein, entweder selbst oder durch einen Beauftragten die Verwaltung seines Vermögens wieder zu übernehmen, da außerdem der durch die bestellte Vormundschaft zu erreichende Zweck der Erhaltung des Vermögens nicht erledigt sein würde [59]). 3) Dadurch, daß der Verschollene für todt erklärt wird. Dieser letztgenannte Punkt erfordert eine nähere Besprechung.

Denn was diese hier unter

II. aufzuführende Wirkung der sog. Verschollenheit, die Todeserklärung des Verschollenen, anbetrifft, so hängt dieselbe mit der jetzt herrschenden Ansicht [60]) zusammen, daß, so lange der Tod einer Person noch nicht nachgewiesen ist, von einer eigentlichen Beerbung derselben nicht die Rede sein kann, die Beerbung demnach so lange suspendirt bleiben muß, bis jener Beweis erbracht ist. Da nun aber ein solcher Beweis in vielen Fällen nicht möglich ist, so entstand das Bedürfniß, irgend einmal jenem Zustande der Ungewißheit eine Grenze zu setzen. Nach einigen Stellen des römischen Rechtes glaubte man in älterer Zeit die Vermuthung für den eingetretenen Tod eines Verschollenen an die Erreichung eines Alters von hundert Jahren knüpfen zu dürfen [61]).

---

58) Crell, quando curator. absentis heredes aeque propinquos a success. excludat. (Vitemb. 1737.) §. 5. Stryck, usus modern. Pand. Lib. XLII. tit. 7. §. 4. Leyser, med. ad Pand. sp. 97. med. 6. Hofacker l. cit. §. 707. not. d. Hommel, rhapsod. quaest. Tom. I. obs. 104. nr. 4. Pfeiffer a. a. O. Bd. II, S. 244 flg.

59) Pfeiffer a. a. O. Bd. IV, §. 5. Kraut a. a. O. §. 67, S. 264.

60) S. oben u. Kraut a. a. O. S. 235.

61) L. 56. D. de usufr. (7. 1.) L. 8. D. de usufr. legat. (33. 2.) Siehe Hartm. Pistor. obs. 103. nr. 14. Carpzov l. c. P. III. c. 15. def. 57. nr. 3. 4. 5. u. die das. angef. Schriftsteller. Auch Ant. Faber, Cod. definit. for.

Allein in Teutschland hat in Betracht, daß die Erfahrung der Annahme eines 100jährigen Lebensalters widerstreitet, sowie mit Rücksicht auf den Ausspruch in Psalm 90, V. 10, das Juristenrecht eine Einrichtung gebildet, dessen Princip dahin geht, daß, wenn der Verschollene das siebenzigste Jahr vollendet und sich auf eine Edictalladung, welche, auf Anforderung der Betheiligten, unter Androhung der Todeserklärung gegen ihn erlassen worden, nicht angemeldet hat, sein Tod als rechtlich bewiesen angenommen und durch ein Erkenntniß ausgesprochen wird.

Der Ursprung dieser Einrichtung [62]) läßt sich aus der ersten Hälfte des 17. Jahrh. herleiten, wo insbesondre das Leipziger Spruchcollegium in einer Mehrheit von Rechtssprüchen sich für die Annahme der genannten Altersstufe als kritischen Momentes entschied [63]). Bald erhielt dieselbe jedoch allgemeine Anerkennung [64]) und auch mehr oder weniger positive Bestätigung durch die Particularrechte, wie dies namentlich in Kursachsen durch das Mandat v. 13. Nov. 1779 und das Rescript v. 21. Septbr. 1780 geschah, wiewohl es auch an einzelnen Widersprüchen nicht fehlte [65]). Hiernach müssen nach gemeinem Rechte, wenn die bloße Vermuthung des Todes zur juristischen Gewißheit erhoben werden soll, Verschollenheit, Vollendung des 70. Lebensjahres und richterliches Erkenntniß zusammentreffen, so daß, wenn eins oder das andere dieser Erfordernisse nicht vorhanden ist, nur vorläufige Maßregeln, also z. B. Anordnung einer Güterpflege, Vormundschaft u. s. w., statthaft ist. Ist Jemand erst nach seinem 70. Lebensjahre verschollen, so hat man wohl zuweilen angenommen, daß alsdann das 100. Lebensjahr, als das höchste Ziel des menschlichen Alters, abgewartet werden müsse, ehe die Todeserklärung ausgebracht werden dürfe [66]). Mit mehr Grund legt man in diesem Falle nach Analogie der L. 68. D. ad Leg. Falcid. noch einen Zeitraum von fünf Jahren dazu [67]), welches auch mit

Lib. V. tit. 40. def. 4. Voet, comm. ad Pand. Lib. XXXVIII. tit. 17. §. 16. in fine.

62) Frühere Andeutungen lassen sich wohl schon aus dem sog. Torgauer Ausschreiben des Kurfürsten August von Sachsen v. 8. Mai 1583 Tit. XIV, s. Engau, primae lineae comm. de cura absentium (Ien. 1753) 4. p. 9., entnehmen.

63) S. Carpzov, Iurisprud. for. P. III. c. 16. def. 57. nr. 15. vol. II. p. 171.

64) S. Leyser, med. ad P. sp. 96. med. 5. Rostock (Wiesand), de cura bonor. abs. (Vitemb. 1782.). Wernher, sel. observ. for. P. VII. obs. 240. nr. 2. Stryck, usus mod. Pand. Lib. V. tit. 3. §. 4. Lauterbach, colleg. theor. pract. Pand. Lib. V. tit. 3. §. 24. Kaestner, quousque homo vivere praesumatur diss. (Lips. 1746. 4.) §. 10—14. Hofacker, princ. iur. civ. T. II. §. 1682. Auch Heise u. Cropp, Abhandl. Bd. II, S. 118 u. die in Note 5 das. Angeführten.

65) Carpzov l. c.

66) Arg. L. 56. D. de usufr. u. Sirach Cap. 18, V. 8. Hommel, septuagenarius absens, quando mortuus praesumatur diss. §. 10. 11.

67) Koch, diss. utrum absentium successio fiat ex nunc an ex tunc; eius. Fr. de success. ab int. civ. adiect. Auct. II. Hofacker l. c. §. 1682. not. e.

der Erfahrung mehr übereinstimmt. Ist es unbekannt, wie alt der Verschollene ist und fehlt es demnach an einem Anhaltpunkte für die Bestimmung des Lebensalters, so muß aus den Umständen, namentlich der Länge der Zeit der Abwesenheit, aus den Verhältnissen der Zeit, zu welcher der Verschollene fortgewandert ist und sonst bestimmt werden, wie alt derselbe wohl sein möge und ob die Präsumtion des Ablebens bei ihm eintrete[68]). Die Particularrechte der einzelnen Länder weichen in Betreff der thatsächlichen Vorbedingungen zur Ausbringung der Todeserklärung des Verschollenen mehr oder weniger von einander ab. Einige lassen hierbei, ohne Festsetzung eines gewissen Zeitraumes der Abwesenheit, das richterliche Ermessen walten[69]), während die Mehrzahl allerdings bestimmte factische Momente als wesentlich für den Begriff der Verschollenheit und für die Statthaftigkeit der Todeserklärung, insbesondre hinsichtlich des Zeitraumes der Abwesenheit, festsetzen. Die specielle Aufzählung ist nicht wohl thunlich und es genügt deshalb eine bloße Verweisung auf die einzelnen Gesetzgebungen[70]). Ueber die einzelnen Voraussetzungen der Todeserklärung ist Folgendes zu bemerken. 1) Vorerst ist zu prüfen, ob der Verschollene das gesetzlich bestimmte Lebensalter erreicht hat, bezüglich die gesetzliche Zeit hindurch nachrichtslos abwesend gewesen ist. Entsteht hierbei die Frage, von welchem Zeitpunkte an die Abwesenheit berechnet werden müsse, so ist als Regel an-

---

Glück, Comm. Bd. VII, S. 495. Ueber verschiedene andere minder abweichende Ansichten s. Gmelin u. Elsässer, jurist. Beobacht. Bd. IV, Nr. 11, §. 127, N. p. S. 176 flg. Beseler, System des gem. teutschen Privatrechtes Bd. I, S. 307. Daß in jedem Falle das vollendete hundertste Lebensjahr den Beweis des erfolgten Ablebens liefert, ist wohl nicht zu bezweifeln. Bedenklich ist es dagegen, wenn man schon vor dem 70. Jahre einen Verschollenen für todt erklären will, sobald aus besonderen thatsächlichen Verhältnissen eine Vermuthung für den eingetretenen Tod hervorgehen sollte; in einem solchen Falle würde immer nur eine praesumtio facti vorliegen, während die rechtliche Präsumtion doch immer nur unter Voraussetzung der gesetzlichen Vorlagen zu erlangen ist. Leyser l. c. spec. 96. m. 6. Böhmer, auserles. Rechtsfälle Bd. III, Resp. 176, Nr. 20. Abweich. eine Entscheidung des OAGerichtes zu München, in Seuffert, Archiv f. Entscheid. Bd. VII, S. 441, sub. 3.

68) Schorch, medit. in quib. praecipua capita doctrinae de cura bonor. absentis examinantur (Lips. et Francof. 1761.) §. 8. Glück a. a. O. Bd. VII, S. 495.

69) Z. B. hohenloh. Landr. v. 1738 Th. V, Tit. 1, §. 24. Bayer. Landr. Th. I, Cap. VII, §. 39, Nr. 6.

70) S. außer den bei Gengler, Lehrb. des t. Privatr. S. 69 aufgeführten Particulargesetzgebungen noch preuß. Gesetz über die Todeserklärung der Militärpersonen v. 13. Jan. 1817. (Bornemann, Darst. des preuß. Rechtes Bd. I, S. 233.) Bremer Ges. v. 3. Juli 1826. Braunschweig. Ges. v. 5. Jan. 1824. Ueber das nassauische Ges. v. 21. Mai 1781. S. Flach, Entscheid. des OAGerichtes zu Wiesbaden Bd. I, Nr. 23. Ueber Würtemberg Reyscher, würtemb. Privatrecht Bd. I, S. 150. Ueber Oldenburg Runde, in der Zeitschr. f. Praxis des oldenb. Rechtes Bd. II, S. 115. — Nach dem weimar. Ges. v. 1. März 1839 §. 7 wird der Abwesende, sobald er 100 Jahre alt ist, ohne weitere Edictalladung für todt erachtet, bis das Gegentheil erwiesen ist.

zunehmen, daß die Dauer der Verschollenheit stets von dem Momente nach der letzten authentischen Lebensanzeige der Abwesenheit an zu berechnen ist, und daß, wenn es an Anhaltpunkten hierfür gebricht, die Zeit von dem Wegzuge aus dem Heimathsorte oder wenn auch dieser nicht zu ermitteln sein sollte, der Moment, wo die Person zuerst vermißt worden, maßgebend sein muß[71]). Ist in Betreff des Lebensalters und bezüglich der Dauer der Verschollenheit ein Anstand nicht vorhanden, so hat 2) der Richter die Edictalladung in öffentlichen Blättern zu erlassen, durch welche der Verschollene aufgefordert wird, binnen der festgesetzten Zeit sich anzumelden, unter der Verwarnung, daß er außerdem für todt erklärt und sein Vermögen seinen Erben überlassen werden wird. Die Citation des Richters kann niemals von Amtswegen, sondern immer blos als Antrag der nächsten Verwandten oder sonst betheiligter Personen geschehen[72]). In der Regel hat der Antragsteller die Verschollenheit zu bescheinigen und unter Umständen zu diesem Behufe eidlich zu erhärten, daß er während der gesetzlich bestimmten Zeit oder sonst keine Kunde von dem Leben und Aufenthalte des Abwesenden erhalten habe[73]). Die Particularrechte enthalten wohl durchgängig darüber, in welchen und in wie vielen öffentlichen Blättern und auf welche sonstige Weise (Anschläge an verschiedenen öffentlichen Orten und Gerichtsstellen[74])) die Edictalladung bekannt zu machen ist, ingleichen über die Länge der Ladungsfrist genauere Normen. In letzterer Beziehung sind oft drei volle sächsische Fristen, wohl auf 1 Jahr 9 Monate 6 Tage u. s. w., festgesetzt. Ist hierüber eine specielle Vorschrift nicht vorhanden, so hat der Richter die Frist nach Ermessen und unter Berücksichtigung der Verhältnisse, z. B. ob der Verschollene irgendwohin gewandert ist, von woher ihm die Rückkehr unter allen Umständen immer nur erst nach $^1/_4$ oder $^1/_2$ Jahre möglich sein würde, und dergleichen anzuordnen. 3) Bleibt die Edictalladung ohne Erfolg, giebt der Abwesende also weder Nachricht von sich, noch kehrt er zurück, so kann nunmehr auf ferneren Antrag der Betheiligten die Todeserklärung vom Richter ausgesprochen werden,

71) S. preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 828, 834.

72) S. auch das angef. preuß. Landr. §. 824. Auch der Vormund ist zu diesem Antrage berechtigt, Haase a. a. O. S. 112.

73) Wiesand, de cura bonor. absentis §. 12. u. Haase, über Edictallad. u. Edictalproceß S. 108. Siehe hier auch Rechtslexikon Bd. VII, S. 892.

74) S. hierüber auch Seuffert, Archiv f. Entscheid. Bd. I, Nr. 86. Es versteht sich, daß das Edictalverfahren vor demjenigen Gerichte vorzunehmen ist, welches den persönlichen Gerichtsstand des Verschollenen bildet. Daß die Todeserklärung auch von dem Richter, in dessen Sprengel das Vermögen des Verschollenen liege, ausgehen könne, wird angenommen bei Seuffert, Archiv f. Entscheidungen Bd. I, Nr. 86. Ist in einem solchen Falle gegen einen Verschollenen in einem Lande, wo er Vermögen besaß (forense war), eine Todeserklärung ausgesprochen worden, so kann dies keinen Einfluß auf seine Rechte an seinem Domicil und gegen diejenigen, welche auf sein sonstiges Vermögen Ansprüche haben, äußern; es entscheiden hier die Grundsätze von der Rechtskraft ausländischer Urtheile. S. Haase a. a. O. S. 143 flg.

worauf, da dieselbe in Betreff der Vermögensrechte die nämlichen Wirkungen wie der wirkliche Tod des Abwesenden hervorbringt, dem Erben des Verschollenen das Vermögen ausgeantwortet wird, und zwar giebt in dem Falle, wenn der Verschollene vor seiner Entfernung eine letztwillige Verfügung getroffen hatte, diese die Norm ab, wem als Erben oder Successor der Nachlaß zu Gute kommen soll[75]; während, wenn die gesetzliche Erbfolge eintritt, die Nähe des Verwandtschaftsgrades entscheidet. Daß dem Erben das Vermögen nur gegen Sicherheitsstellung ausgeantwortet werden dürfe, läßt sich an sich nach dem Princip der Todeserklärung nicht behaupten[76]). Doch enthalten allerdings manche Particularrechte eine solche Bestimmung und setzen zuweilen noch eine weitere Frist fest, bis zu welcher Caution geleistet werden und nach deren Ablauf alsdann das Vermögen dem Erben ohne Caution verbleiben soll[77]). Streitig ist es, nach welchem Zeitpunkte, ob zu dem der Entfernung des Verschollenen von seinem Wohnorte oder zu demjenigen, von welchem an er als präsumtiv todt betrachtet werden muß, die Nähe des Verwandtschaftsgrades zu beurtheilen sei. Nach der auf L. 10. pr. D. de captionis et postlim. revers. gestützten Meinung Einiger[78]) soll hierbei die Zeit den Ausschlag geben, wo das Leben des Abwesenden zweifelhaft zu werden anfing, indem, wenn auch der Verschollene erst nach dem vollendeten 70. Lebensjahre für todt erklärt werden dürfe, daraus doch noch nicht folge, daß er erst mit diesem Zeitpunkte und nicht schon früher wirklich gestorben sei, so daß vielmehr mit dem vollendeten 70. Lebensjahre anzunehmen sei, der Verschollene sei schon damals, als er verscholl, mit Tode abgegangen. — Diese Meinung, nach welcher dem Verschollenen, wie man sagt, ex tunc succedirt werden soll, wonach derjenige, welcher damals das nächste Recht zur Vormundschaft über das Vermögen des Abwesenden gehabt, auch jetzt das nächste Recht zur Nachfolge in dieses Vermögen habe, — hat bereits früher und auch noch neuerlich so gründliche Widerlegung erfahren, daß sie jetzt wohl allgemein als aufgegeben betrachtet werden darf[79]). Richtiger ist jedenfalls die andere Ansicht, daß auf den Moment, zu welchem der Abwesende als präsumtiv todt betrachtet werden muß, zu sehen ist, wie

75) Siehe hohenloh. Landr. a. a. O. §. 24 flg. Preuß. Landr. a. a. O. §. 839 flg. Daß das Testament nicht eher als die Präsumtion des Todes wirklich eingetreten ist, eröffnet werden darf, versteht sich. Hommel, rhaps. quaest. for. Vol. I. obs. 107. p. 169. Haase, über Edictallad. Cap. X, §. 10, S. 131; ebenso daß die testamentarische und vertragsmäßige Erbfolge der Intestaterbfolge vorgeht. Haase a. a. O. S. 99.

76) Bluntschli a. a. O. S. 49, sub 4.

77) Z. B. oldenb. Ges. v. 16. Febr. 1844 §. 27.

78) S. Heise u. Cropp, Abhandl. Bd. II, Nr. IV, S. 115 und die bei Glück, Comm. Bd. 33, S. 297 in N. 2 Citirten.

79) S. Elsässer, jurist. Beobacht. u. Rechtsfälle Bd. IV, Nr. XI, §. 123, S. 171. Heise u. Cropp a. a. O. S. 116 flg. Pfeiffer a. a. O. Bd. IV, S. 371 flg.

dies schon daraus hervorgeht, daß ein Lebendiger nicht beerbt werden kann, der Abwesende aber in dem Zeitpunkte, wo er zuerst vermißt wird, keineswegs schon als todt gilt, sondern vielmehr von da an bis zum Ausspruche der Todeserklärung noch als lebend präsumirt wird[80]). Es hat sich deshalb die Doctrin und Praxis wohl durchgängig für diese letztere Ansicht ausgesprochen[81]). Doch behaupten Einige[82]) hierbei, daß der Tod des Abwesenden nicht in dem Momente des vollendeten 70. Lebensjahres, sondern erst in dem Augenblicke, wo die Todeserklärung erlassen werde, angenommen werden könne. Erwägt man jedoch, daß die Todeserklärung nur einen declaratorischen Charakter an sich trägt und daß, wenn man die Erbfolge in den Nachlaß des Verschollenen nach dem Zeitpunkte ordnen wollte, an welchem die Todeserklärung von dem Gerichte ausgesprochen würde, hierdurch die Bestimmung der denselben beerbenden Personen einem bloßen Zufalle, ja selbst der möglichen Einwirkung der Leidenschaft und Gewinnsucht überlassen wäre; so muß man sich gewiß für die erstere Meinung entscheiden, welche denn auch jetzt wohl die meisten Anhänger zählt[83]).

4) Die weiteren Rechtsfolgen der Todeserklärung, welche stets in den engsten Grenzen auszulegen sind, beschränken sich vorzugsweise auf die Vermögensrechte des Verschollenen, so daß dessen persönliche und namentlich Familienrechte unberührt bleiben. Daher wird die Ehe, selbst nach den Landesgesetzen protestantischer Staaten, nicht ipso iure, sondern nur erst im Wege des Desertionsprocesses aufgehoben[84]). Ebensowenig erlischt die väterliche Gewalt,

---

80) Thibaut, System des Pandektenr. Bd. I, §. 122, N. z. Pfeiffer a. a. O. S. 368 flg.

81) Vgl. die bei Glück a. a. O. Bd. 33, S. 298 in N. 5 Citirten sowie diesen selbst; ferner Pfeiffer a. a. O. Savigny, System Bd. II, S. 18 flg. Kraut a. a. O. S. 265. Beseler a. a. O. S. 307, sub d. Hillebrand a. a. O. §. 15. Bluntschli a. a. O. S. 49. Heise u. Cropp a. a. O. S. 139. Seuffert, Erört. Bd. I, S. 53 flg. Anerkannt findet sich diese Ansicht auch in dem kursächs. Befehl v. 16. Juni 1790: „daß sothane Zeit des Erbanfalles nicht von der Rechtskraft des diesfalls erfolgten Rechtsspruches, sondern von dem Tage an, da die 20jährige Frist — oder da der Abwesende das 70. Lebensjahr erfüllt, angenommen und dessen Verlassenschaft denen zu der Zeit existirenden nächsten Erben — verabfolgt werde."

82) Z. B. Eichhorn, Einleit. in das teutsche Privatr. §. 327. Vangerow, Pand. Bd. I, S. 57 (S. 79 der 6. Aufl.). Gerber a. a. O. Bd. I, S. 72. Auch gehören hierher österreich. Gesetzb. §. 278. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 835, 838. Koburg. Ges. v. 1832 §. 15. Altenburg. Ges. v. 6. April 1841 §. 129.

83) S. die N. 81 Angeführten.

84) S. Glück, Comm. Bd. 26, S. 451 flg., s. auch Renaud, teutsches Privatr. §. 55 a. E. Gengler a. a. O. S. 76 flg. Mittermaier a. a. O. §. 129. A. M. Beseler a. a. O. S. 308 bei N. 15. Abweichend auch preuß. Landr. Th. II, Tit. 1, §. 666, 667, wodurch Brendel in seinem Handb. des Kirchenrechtes (Aufl. 3) §. 384 zu der Behauptung verleitet wird, daß dies allgemeine Satzung des evangelischen Kirchenrechtes sei. — Das Mosaische Recht

es sei der Haussohn oder der Vater verschollen, sondern das Verhältniß bleibt bis zum Eintritte eines gesetzlichen Aufhebungsgrundes suspendirt [85]).

Von der Nachfolge in das hinterlassene Vermögen des Verschollenen ist der Fall zu unterscheiden, wenn dem Verschollenen Erbschaften deferirt werden [86]). Es bestehen hierüber und über das hierbei eintretende Rechtsverhältniß abweichende Ansichten. Während einige davon ausgehen, daß, da vermuthet werden müsse, daß der Verschollene, wenn er bis zu dem bestimmten Zeitpunkte nicht zurückkehre, in dem Augenblicke, wo er als verschollen betrachtet werden konnte, mit Tode abgegangen sei, von einem Erbanfalle an ihn gar nicht gesprochen werden könne, da ein solcher ja nur an einen Lebenden möglich sei [87]); so nehmen Andere, ausgehend von der Ansicht einer successio ex nunc, an, daß der Verschollene bis zu dem Augenblicke gelebt habe, wo sein Tod nach dem Gesetze oder dem Gerichtsgebrauche präsumirt werde, also in der Regel bis zum 70. Lebensjahre [88]). Noch Andere argumentiren, daß man daraus, daß ein Verschollener vor Ablauf der gesetzlichen Frist nicht als gestorben betrachtet werde, nicht folgern dürfe, daß bis dahin die Präsumtion für sein Leben streite. Die mit dem bestimmten Fristablaufe eintretende Präsumtion des Todes habe nur den Zweck, einen Moment zu fixiren, über welchen hinaus die Fortdauer des Lebens des Verschollenen keine Wahrscheinlichkeit mehr für sich habe, und dieser Wahrscheinlichkeit juristische Wirkung einer Gewißheit zu geben. Die Präsumtion entscheide nichts darüber, wann der Tod eingetreten sei, ob erst damals oder schon früher. So lange aber die Existenz des Verschollenen noch zweifelhaft sei, könnten begreiflich die nächsten Erben nach ihm oder seine Miterben die ihm deferirte Erbschaft nicht in Anspruch nehmen, welche von ihnen erst dann erworben werden könne, wenn sein Tod präsumirt werden könne, weil es erst dann gewiß sei, daß er ihnen nicht mehr im Wege stehe und bis wohin die Erbschaft als hereditas iacens behandelt und eine interimistische Verwaltung angeordnet werden müsse [89]). Von diesen verschiedenen Meinungen hat wohl

---

gestattet übrigens die Wiederverheurathung der Ehefrau eines Verschollenen schon auf ihre bloße Versicherung hin, sofern nur nicht der abwesende Ehemann mit ihr in stetem Unfrieden gelebt hat oder seine Abwesenheit Folge der Theilnahme an einem Feldzuge ist. S. Kaim, im Rechtslex. Bd. V, S. 836.

85) Glück, Comment. Bd. II, S. 397.

86) S. Kraut a. a. O. S. 253. Heise und Cropp a. a. O. Bd. II, Nr. V.

87) Mevius, ius Lubec. II. 2. art. 14. nr. 12. 13.

88) Leyser, med. ad Pand. sp. 95. med. 9. 24. Kind, de successione in bona absentium. Lips. 1776. 4. Glück a. a. O. Bd. VII, S. 494. Haase a. a. O. S. 88. S. auch Falk, Handb. des schleswig-holstein. Privatr. Bd. IV, S. 89.

89) S. Heise u. Cropp a. a. O. Bd. II, Nr. V. Pfeiffer a. a. O. Bd. IV, S. 360, Nr. 4. Bolley, verm. jurist. Aufsätze Bd. I, Nr. 3. Siehe auch Thibaut, jurist. Nachlaß, herausg. von Guyet, Bd. I, S. 66. Seuf-

die zweite die besten Gründe für sich [90]). Denn es muß allerdings behauptet werden, daß bei einem Verschollenen bis zum Ablaufe der bestimmten Frist die Präsumtion für sein Leben streitet, da der Satz, daß mit einem gewissen Zeitpunkte der Tod einer Person als juristisch gewiß angenommen werden müsse, zuerst nur durch den Gerichtsgebrauch eingeführt ist und erst später Anerkennung durch die Gesetzgebung gefunden hat. Es ist auch kein Zweifel, daß dieser Gerichtsgebrauch, — wo er nicht von der teutschrechtlichen Ansicht als einer successio conditionata ausgegangen ist, bis auf die neueste Zeit jenem Zeitpunkte wohl durchweg die Bedeutung beigelegt hat, daß er juristisch als der eigentliche Todestag des Verschollenen bis zum Beweise des Gegentheiles angesehen werden müsse, also zu vermuthen sei, daß er bis dahin fortgelebt habe. Uebereinstimmend hiermit sind auch die Gesetzgebungen [91]), wie sich diese Ansicht denn auch überdies durch ihre Bestimmtheit und Einfachheit sowie daß sie den ruhigen und ungestörten Besitz des Vermögens sichert, empfiehlt. Hält man nun diese Ansicht fest und erinnert man sich, daß, wie oben gezeigt, die Amtsführung des teutschrechtlichen Vormundes für einen Abwesenden keineswegs so beschränkt, wie die des römischen curator absentis, sondern dem Vormunde eines Minderjährigen gleichzustellen ist und daß dieser heutzutage für seinen Mündel, und zwar ohne dessen Zuziehung, Erbschaften definitiv anzutreten berechtigt ist [92]), folglich auch dem Vormunde für einen Verschollenen das gleiche Recht zustehen muß, wie dies von der Praxis [93]) und der Gesetzgebung auch anerkannt wird; — so ergiebt sich daraus Folgendes: fällt einem Verschollenen eine Erbschaft, ganz oder theilweise [94]), an, so daß er dieselbe ipso iure erwirbt [95]), so bildet sie zur Zeit der ausgesprochenen Todeserklärung einen integrirenden Theil des Vermögens des Verschollenen und geht mit an denjenigen Rechtsnachfolger über, welcher überhaupt das hinterlassene Vermögen des Abwesenden erhält. Bei denjenigen Erbschaften aber, welche nicht zugleich mit ihrem Anfalle erworben werden und wo es also zum Erwerbe noch einer besonderen Antretung bedarf, steht dem

---

fert, Archiv f. Entscheid. Bd. I, Nr. 164. Mittermaier a. a. O. §. 129, sub XII.

90) Kraut a. a. O. S. 258 flg.

91) S. das Mühlhaus. Erbrecht v. 1742 II, 11, §. 2 b. Kraut a. a. O. S. 258 in N. 11. Oesterreich. Gesetzb. §. 278. Hess. Verordn. v. 8. Nov. 1798 §. 2, 3. Lübeck. Verordn. v. 30. Dec. 1829 §. 11. S. Falk a. a. O.

92) Kraut a. a. O. S. 115 bei N. 36 u. die das. Citirten.

93) S. die bei Kraut a. a. O. S. 263, N. 22 ersichtlichen Allegate.

94) Consil. Tubing. Vol. III. cons. 206. nr. 24. 25. Claproth, summar. Proc. §. 224. Haase a. a. O. S. 118. Heise u. Cropp a. a. O. Nr. V, §. 14. Bolley a. a. O. S. 96, Nr. 9. Würtemberg. Obertribunals-Erlaß v. 17. Aug. 1826. Emminghaus, Corp. Iur. Germ. p. 721.

95) Gleiches muß auch von unbedingten Vermächtnissen, welche ipso iure auf die Erben des Legatars übergehen, gelten, sobald dieser den Erblasser überlebt hat. Mühlenbruch, Pandektenr. Bd. III, §. 693.

Vormunde das Recht zu, die angefallene Erbschaft für den Abwesenden zu erwerben, wo dann, sobald diese Antretung erfolgt ist, die Erbschaft wie im vorigen Falle mit dem übrigen Vermögen verschmolzen wird. Ist der Abwesende durch eine Erbschaftsantretung Seiten seines Vormundes verletzt, so steht ihm, wenn er zurückkehrt, das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu[96]).

5) Wenn der als todt Erklärte später zurückkehrt, so steht ihm das Recht zu, die Rückgabe seines Vermögens zu verlangen[97]); gleiches tritt bei dem Erben ein, dem es nachträglich gelingt, den wirklich erfolgten Tod in einem anderen Momente zu erweisen, insofern überhaupt seine erbrechtlichen Ansprüche nicht verjährt[98]). Da in diesem Falle der bisherige Besitzer als ein bonae fidei possessor angesehen werden muß, weil er sich mit Recht für den wahren Erben halten konnte und auch von der Obrigkeit als solcher anerkannt worden ist, so kann der wieder zum Vorschein gekommene Erbe sein Vermögen in keinem anderen Zustande fordern, als in welchem er es findet, sowie auch nur die noch davon vorhandenen Nutzungen und soweit der Besitzer dadurch noch bereichert sich befindet[99]).

F. K. Steinberger.

Versuch des Verbrechens. Versuch im allgemeinen nennen wir eine Handlung, welche in der Absicht vorgenommen wird, dadurch eine gewisse Wirkung hervorzubringen. Ist die beabsichtigte Wirkung dadurch hervorgebracht worden, so sagen wir, daß der Versuch ein gelungener sei. Die Handlung hört jedoch hierdurch auf, bloßer Versuch zu sein; sie wird zum vollbrachten Werke, zur vollendeten That. Dagegen kann auch schon der Versuch selbst als Werk und als That aufgefaßt werden, insofern dadurch Wirkungen hervorgebracht worden sind, die zu der beabsichtigten Wirkung als Mittel dienen sollten und daher ebenfalls in der Absicht des Handelnden lagen. Ohne alle Wirkung ist eine Handlung überhaupt und also auch ein Versuch nicht denkbar; That aber nennen wir die Handlung, insofern dadurch eine in der Absicht des Handelnden liegende Wirkung hervorgebracht ist[1]), und in gleichem Sinne gebrauchen die Gesetze den Ausdruck Werk[2]).

---

96) Kraut a. a. O. S. 264.

97) Mittermaier a. a. O. §. 129, s. XIV. Bluntschli a. a. O. Bd. I, S. 50, sub 5. Gengler a. a. O. S. 81. Glück a. a. O. Bd. 33, S. 287 flg.

98) Gengler a. a. O. S. 81 unter 2.

99) S. die in den vor. Noten Citirten u. österreich. bürgerl. Gesetzb. Th. I, Hauptst. 4, §. 278. Preuß. Landr. Th. II, Tit. 18, §. 847, 848. Vgl. auch Code Napoléon art. 132. Maleville, Comment. Bd. I, S. 145. — Ueber Verträge über das Vermögen eines Verschollenen s. Seuffert, Archiv f. Entsch. Bd. I, Nr. 252.

1) Man fragt: was hast du gethan? aber: wie hast du gehandelt? Man spricht von einer culposen Handlung, aber nicht von einer culposen That. Vgl. über den Unterschied dieser Begriffe: Krug, über die Berechtigung des subjectiven Standpunktes im Strafrechte, Archiv d. CrR. 1854, S. 380 flg., 501 flg.

2) PGO. Art. 52: „mit Worten oder Werken". Ferner: „unkeusche

Denken wir uns nun als die bei dem Versuche beabsichtigte Wirkung eine solche, welche dem objectiven Thatbestande eines Verbrechens entspricht, so ergiebt sich hieraus der Begriff des **Versuches eines Verbrechens**[3]) oder eines **versuchten Verbrechens** (delictum attentatum, unternommenes, angefangenes Verbrechen, quellenmäßig: conatus delinquendi, crimen coeptum s. inchoatum[4]), unterstandene

---

Werke" im Art. 122, 123, 142, 150, „ziemlich unverboten Werk" im Art. 146. So auch vom Versuch: „etliche scheinliche Werke", Art. 178. Damit hängt der Ausdruck: „die Strafe" — auch die des Versuches — „ist **verwirkt**" (altteutsch „verwerkt", Sachsensp. III, 46, auch „verworcht", ebend. II, 16, 3, wie „geworcht", ebend. II, 36, 3, von gewirktem Tuche) zusammen.

3) Hauptwerke über den Versuch der Verbrechen sind: **H. Luden**, über den Versuch des Verbrechens nach gem. teutschen Rechte (auch unter dem Titel: Abhandl. aus dem Strafrechte Bd. I), Göttingen 1836, womit zu vergleichen **Dessen** Lehre vom Thatbestande (Abhandl. Bd. II), Göttingen 1840, S. 158 flg., 186—201, und **Dessen** Handbuch des gem. und particul. Strafrechtes Bd. I, (Jena 1842) S. 379—431. **Zachariä**, die Lehre vom Versuche des Verbrechens Th. I, Göttingen 1836. Th. II, Göttingen 1839. Außerdem verbreiten sich über den Versuch im allgemeinen: **Mittermaier**, Beiträge zur Lehre zum Versuche des Verbr. im n. Archiv d. Criminalr. Bd. I, 1816, S. 163—202. **Derselbe**, über den Unterschied vollendeter und versuchter Verbrechen und über die Grade des Versuches, im n. Archiv Bd. IV, 1820, S. 1—23. **Derselbe**, Beurtheilung der neuesten criminalist. Schriften, insbes. in Bezug auf die Lehre vom Versuche, im n. Archiv Bd. X, 1828, S. 536 flg. (S. auch unten Anm. 43.) **Hepp**, über das vollendete und unternommene Verbrechen, in dessen Versuchen über einzelne Lehren der Strafrechtswissensch. (Heidelb. 1827) 10. Abhandlung, S. 256—367. **Derselbe**, über den gegenwärtigen Stand der Lehre vom versuchten Verbrechen, mit Rücksicht auf den neuen würtemb. Strafgesetzentwurf (von 1835) im Archiv, 1836, S. 31 flg., 230 flg. **Lelièvre**, commentatio iuridica (praemio ornata) de conatu delinquendi, Lovanii 1828. **Zirkler**, Beiträge zur richtigen Beurtheilung der Fälle des Versuches, je nach der Verschiedenheit der Verbrechen und je nachdem der Urheber ein physischer oder intellectueller ist, im Archiv, 1839, S. 276—298, 434—457. (S. auch unten Note 43.) **Bauer**, Abhandl. aus dem Strafr. und dem Strafproc. Bd. I (Gött. 1840) Abh. VI, S. 305—408. **Brackenhöft**, über das mißlungene Verbrechen oder den sog. Versuch des Verbr., im Archiv, 1847, S. 58 flg., 241 flg. **Otto**, vom Versuche des Verbr., Leipzig 1854. Vgl. auch **Köstlin**, n. Revision der Grundbegriffe des Criminalr. (Tübingen 1845) S. 339—446. Die ältere und ausländische Literatur s. bei **Zachariä**, in der Einleitung zu Th. I, S. V und zu Th. II, S. VI flg. Die Schriften, welche sich eine engere Aufgabe gestellt, dabei aber doch auch das Ganze der Lehre in den Kreis der Betrachtung gezogen haben, von **Cropp**, **Pfotenhauer**, **Geib**, v. **Weber** u. A. s. unten bes. in Anm. 22, 59, 77, 92.

4) L. 1. §. 2. D. quod quisque iuris in alterum statuit rel. (2. 2.) **Statuit** verbum rem perfectam significat et consummatam iniuriam (iniuria steht hier in der Bedeutung von Unrecht, Verletzung. Es ist die Sentenz eines incompetenten Richters gemeint), non **coeptam**. — Quid enim offuit **conatus**, cum iniuria nullum habuit effectum? C. 1. C. ubi de criminibus rel. (III. 15.) Quaestiones eorum criminum, quae legibus aut extra ordinem coërcentur, ubi commissa vel **inchoata** sunt, — perfici debere, satis notum est (wo jedoch inchoatio nicht den Versuch, wenigstens diesen nicht ausschließlich, sondern den Anfang, auch des **vollendeten** Verbrechens, bezeichnet) und mehrere andere bei **Zachariä**, Versuch S. 3 u. 4 angef. Stellen.

Missethat[5]), franz. tentative[6]). Es ergiebt sich aber auch zugleich die logische Möglichkeit, schon den Versuch eines Verbrechens als Verbrechen zu behandeln, möge man nun das Verbrechen als strafbare Handlung oder als strafbare That betrachten[7]).

Sagt nun z. B. das Gesetz: „Wer, um sich fremdes bewegliches Gut anzueignen, Gewalt gegen Personen verübt, wird als Räuber bestraft"[8]), so beschreibt es damit eine Versuchshandlung. Allein wer diese Handlung begeht, begeht nicht den Versuch des also bezeichneten Verbrechens, sondern dieses Verbrechen selbst. Handelt es sich also um die Bestrafung des Versuches als solchen, so ist die Frage die, ob und wie derjenige, der, um sich fremdes bewegliches Gut anzueignen, Gewalt gegen Personen verübt, jedoch jenen Zweck nicht erreicht hat, dann zu bestrafen sei, wenn das Gesetz so lautet: „Wer durch Gewalt gegen Personen sich fremdes bewegliches Gut aneignet, wird als Räuber bestraft."

Im allgemeinen lassen sich hierüber zwei verschiedene Ansichten denken. Entweder man sagt: Indem das Gesetz eine gewisse Handlung verbietet[9]), verbietet es die ganze Handlung, von Anfang bis zu Ende, also auch das Anfangen und Unternehmen derselben, den Versuch[10]). Hiergegen läßt sich jedoch einwenden, daß nicht alles Verbotene

---

5) Peinl. Gerichtsordnung Karl's V. Art. 178. Sich „etwas unterstehen" entspricht ganz dem römischen conari und bezeichnet, wie dieses, schon eine strafbare Tendenz.

6) Das franz. tentative umfaßt jedoch mehr als was wir im techn. Sinne Versuch nennen, denn der Code pénal art. 2. sagt: Toute tentative, qui aura été manifestée par [des actes extérieurs et suivie d'] un commencement d'exécution etc. — Die eingeklammerten Worte sind in dem Erläuterungsgesetze vom 28. April 1832 weggelassen.

7) Daß andererseits auch ein vollendetes Verbrechen als Versuch (qualificirter) einer anderen, wie überhaupt jede vollbrachte That als Versuch einer anderen in Betracht kommen kann, darüber s. unten unter Nr. 5. Alle diese Begriffe sind relativ. Hepp's „Versuche" gehören unter die „Werke" über den Versuch. Hepp selbst übersieht diese Relativität des Begriffes, indem er behauptet, chemische, physikalische ꝛc. Versuche seien gar nicht Versuche in dem Sinne, wie das Wort im Criminalrechte genommen werde, weil der Experimentator einen bestimmten Erfolg gar nicht beabsichtige und seine Handlung mit dem Experimente selbst vollendet sei. (Hepp, Versuche S. 260 flg.) Die Versuche eines Experimentators sind Versuche mit unbestimmter Absicht (s. unten unter Nr. 1), daher als solche ohne Verdienst (wie im Criminalr. ohne Schuld), aber was dabei herauskommt, wird ihm zum Verdienst (wie dem Verbrecher zur Schuld) angerechnet. Die Handlung aber ist stets mit dem beendigten Versuche vollendet. S. unten unter Nr. 7.

8) Fassung des Art. 163 im sächs. Criminalgesetzb. v. 1838. Vgl. dazu die Erläuterung v. 16. Juni 1840, aber auch die Bemerkung von Groß, CGB. Abth. II, S. 22.

9) Das Verbot ist gegen die Handlung, als das rein Willkürliche, gerichtet.

10) Mittermaier, im n. Archiv Bd. I, S. 169, bes. Anm. 4. Lelièvre, de conat. p. 269. Abegg, Lehrb. §. 94, S. 153. Zirkler, Beurtheilung ꝛc. S. 283. Luden, Thatbestand S. 186 flg. und Handbuch S. 379. Dagegen:

eo ipso auch strafbar ist, und daß daher das Wesen des Strafgesetzes, zumal des criminellen[11]), nicht in dem Verbote (welches dabei als bestehend oder sich von selbst verstehend vorausgesetzt wird), sondern in der Strafdrohung besteht. Diese aber reicht gerade nur so weit, als die Voraussetzungen, an welche sie geknüpft ist. Bestehen nun diese in einer Handlung, so ist darunter auch hier die ganze Handlung zu verstehen; die ganze Handlung ist Voraussetzung (Bedingung) der Strafe, d. h. diese kann nur dann eintreten, wenn die im Gesetze bezeichnete Handlung ganz vorliegt. Gestattet also diese überhaupt, ihrer empirischen Natur nach, eine Unterscheidung von Anfang und Ende, so muß sie beendigt sein, damit die Strafe des Gesetzes verwirkt sei. Sind aber die Voraussetzungen so ausgedrückt, daß dazu die Herbeiführung einer gewissen Wirkung, insonderheit die Hervorbringung eines von der Handlung sich ablösenden, dem Zufalle preisgegebenen Erfolges gehört, so muß auch dieser Erfolg eingetreten sein, damit die Strafe des Gesetzes verwirkt sei. Sagt also das Gesetz: „Wer tödtet, soll den Tod erleiden," so ist jedenfalls diese Strafe nur von Dem verwirkt, der einen Menschen getödtet hat; für den Versuch der Tödtung fehlt es an einer Strafdrohung nach diesem Gesetze. Zu sagen: die Handlung des Tödtens, also auch die unvollendete, ist mit dem Tode bedroht, wäre sprachwidrig und gegen den Sinn des Gesetzes, denn „tödten" heißt: den Tod bewirken. Auch das (ethische) Gebot: „du sollst nicht tödten" heißt: du sollst den Tod nicht bewirken. Allein indem sich das Gebot an den Willen richtet, erhält es den Sinn: du sollst den Tod nicht bewirken wollen[12]), mithin auch keine auf Tödtung gerichtete Hand-

---

Hepp, Versuche S. 283 flg. Mittermaier, zu Feuerbach's Lehrbuch 12. und spätere Ausgaben Anm. III. zu §. 42. Luden, Versuch S. 5. Zachariä, Versuch S. 83. Pfotenhauer, Irrthum bei versuchten Verbrechen S. 75. Otto, Versuch S. 67.

11) Die Vorstellung, daß das Strafgesetz verbiete, hat ihre Wahrheit nur bei den polizeilichen Strafgesetzen. Daß man sie auf das Criminalrecht übertrug, findet darin seine Erklärung, daß man das gesammte Criminalrecht aus dem polizeilichen Standpunkte betrachtete. Namentlich hat Feuerbach zur Verbreitung dieser Auffassung in Teutschland beigetragen. Uebrigens verräth sich das Unrichtige der obigen Argumentation schon durch die uneigentliche und sprachwidrige Bedeutung, worin man dabei das Wort Versuch, versuchen, gebrauchen muß. Nicht die Handlung versucht man, sondern das Verbrechen, die That. Versuch wird stets mit Beziehung auf einen außerhalb der Handlung liegenden, sich von ihr ablösenden Erfolg gedacht.

12) Schon hieraus ergiebt sich, wie mißlich es ist, die Strafbarkeit des Versuches aus dem Verbote herzuleiten. Denn dies würde zur Bestrafung der bloßen Absicht führen.

13) Handlung und That bezeichnen eine und dieselbe Sache, nur aus verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet; die Handlung aus dem subjectiven, die That aus dem objectiven. Wie aber das Geschehene nur dadurch zur That wird, daß es aus der Handlung, mithin aus dem Willen hervorgegangen ist (die culpose Tödtung ist nicht des Schuldigen That, sondern sie ist nur der culpose Erfolg seiner That), so erhält andererseits die Handlung ihren speciellen und concreten Begriff nur durch den Erfolg. Der tödtliche Erfolg ist in dem Begriffe der

lung vornehmen. „Handlung des Tödtens" aber kann man auch eine solche Handlung nur dann nennen, wenn sie den Tod wirklich zur Folge gehabt hat. Ohne diesen Erfolg ist es irgend eine andere Handlung (des Schießens, Schlagens u. s. w.), die aber durch die zu Grunde liegende Absicht zum Versuche der Tödtung wird. Die Strafdrohung aber ist nicht gegen die Handlung als solche, sondern gegen die zur That gewordene Handlung gerichtet, denn sie bezieht sich auf das Geschehene, insofern es aus einer Handlung hervorgegangen [13]), insofern es gethan worden ist. Die Handlung, welche nicht getödtet hat, wäre nicht das Ganze der in dem obigen Gesetze mit Strafe bedrohten That, sie enthielte nicht die sämmtlichen Bedingungen, an welche das Gesetz seine Strafdrohung geknüpft hat.

Richtiger ist daher die Ansicht, daß der Versuch eines Verbrechens nur dann bestraft werden könne, wenn er besonders mit Strafe bedroht ist. Dies kann geschehen, indem das specielle Strafgesetz sich so ausdrückt, wie wir oben beispielsweise angeführt haben (wer, um sich anzueignen ꝛc.). Allein dann wird der Versuch nicht als solcher bestraft; das Gesetz erhebt vielmehr hierdurch eine Handlung, die an sich, weil sie in Beziehung auf einen dabei beabsichtigten Erfolg gedacht wird, dem allgemeinen Begriffe des Versuches entspricht, zu einem selbstständigen Verbrechen, und die Strafe, welche nach einem solchen Gesetze erkannt wird, ist keine Versuchsstrafe, sondern die Strafe des also bezeichneten Verbrechens selbst. Soll der Versuch als solcher bestraft werden, so muß auch das Gesetz ihn als solchen, entweder speciell (z. B. „der Versuch der Tödtung wird mit Zuchthaus bis ꝛc. bestraft") oder im allgemeinen mit einer Strafe bedrohen, welche letzteren Falles nach der Strafe des vollendeten Verbrechens — bestehe sie nun in der Strafe des vollendeten Verbrechens selbst oder in einer Quote derselben — sich richten wird.

Ob dies geschehen solle oder nicht, m. a. W. über die legislative Seite der Frage, lassen sich wieder verschiedene Ansichten fassen. Es kommt hierbei darauf an, von welcher Grundansicht über die Strafbarkeit der Verbrechen man ausgeht. Betrachtet man die rein objective Seite des Verbrechens, die darin enthaltene materielle Verletzung, als das Entscheidende, so wird man eine Handlung nur insofern strafbar finden können, als sie eine solche Verletzung wirklich hervorgebracht hat; man wird also z. B. eine Körperverletzung, welche in der Absicht zu tödten zugefügt worden ist, nur als Körperverletzung bestrafen und da-

---

Tödtung (sowohl als Handlung wie als That betrachtet) mit inbegriffen. Die nicht tödtliche Handlung ist nicht die Handlung des Tödtens. Wenn man daher sagt: das Verbot ist gegen die Handlung, die Strafdrohung gegen die That gerichtet, so darf man nicht vergessen, daß das Verbot der Tödtung noch andere Handlungen (den Versuch der Tödtung) umfaßt, und dagegen die Strafdrohung auch die Handlung des Tödtens, aber die vollendete, incl. des dazu gehörigen Erfolges, betrifft.

bei die tödtliche Absicht nur als Strafabmessungsgrund, höchstens als Straferhöhungsgrund, in Betracht ziehen können [14]). Betrachtet man andererseits den verbrecherischen Willen, die Absicht, als den eigentlichen Gegenstand der Bestrafung, so darf man eigentlich die Strafe in thesi nie von dem Erfolge, sondern nur von der Absicht abhängig machen. Man muß dann alle Strafdrohungen so fassen, wie die oben beispielsweise angeführte (um sich anzueignen) und kann den höheren Grad der Erreichung dieser Absicht nur als Strafabmessungsgrund, höchstens als Straferhöhungsgrund, berücksichtigen [15]). Beide Betrachtungsweisen, die rein objective und die rein subjective, führen daher nicht zur Bestrafung des Versuches als solchen. Vielmehr geht diese nur aus einer Vermittelung des objectiven mit dem subjectiven Gesichtspunkte hervor, wonach zwar der böse Wille, also die Absicht (oder die Schuld, da auch die culpa auf dem Willen beruht) den inneren Grund aller Strafbarkeit und somit auch des Rechtes zu strafen, enthält, allein die Ausübung dieses Rechtes nur insofern stattfindet, als dadurch eine Verletzung, nicht gerade eines materiellen Rechtes oder Gutes, sondern eines Rechtes als solchen, d. i. der bestimmten Berechtigung einer bestimmten Person (des Staates oder eines Privaten), und damit zugleich eine thatsächliche, objectiv wahrnehmbare und fühlbare Störung des allgemeinen Rechts- und Friedenszustandes, eine Rechtsverletzung im ideellen Sinne des Wortes Recht, hervorgebracht worden ist [16]). Nach dieser Ansicht ist zunächst die materielle Grundlage des verletzten Rechtes, weil dadurch das Recht selbst zu einem bestimmten, speciell begrenzten wird, für die species delicti entscheidend [17]); es trifft ferner die volle

---

14) Auch solche Strafdrohungen finden sich in unseren Gesetzen. So bedroht z. B. Art. 130 des sächsischen Criminalgesetzbuches von 1838 und Art. 162 des StGB. v. 1855 die Verheimlichung der Geburt mit Arbeitshausstrafe von einem bis sechs Jahren, „wenn die Verheimlichung in der Absicht, das Kind zu tödten, geschehen, die Ausführung dieser Absicht aber durch äußere Umstände verhindert worden ist". Ohne diesen Erschwerungsgrund findet Gefängnißstrafe bis zu 3 Monaten statt.

15) Beispiel: Art. 247 des sächs. Criminalgesetzbuches setzt bei der Fälschung die Absicht, „um sich oder Anderen einen Vortheil zu verschaffen oder Jemanden in Schaden zu bringen" voraus; Art. 248 droht aber eine schwerere Strafe, „wenn der beabsichtigte Erfolg erreicht worden ist".

16) Zur doctrinellen Rechtfertigung dieser Ansicht ist auf die oben Anm. 1 angeführte Abhandlung Bezug zu nehmen.

17) Hierdurch unterscheiden sich die Verbrechen der Tödtung und der Körperverletzung, des Raubes und der Nothzucht u. s. w. Es folgt jedoch hieraus nicht, daß nicht neben dem Objecte der Rechtsverletzung auch andere Unterscheidungsmerkmale in Betracht kommen könnten. So unterscheiden sich Raub und Diebstahl, stuprum und Nothzucht sowie die verschiedenen Arten der Eigenthums- und der Fleischesverbrechen untereinander, durch die subjective Handlungsweise oder die persönlichen Verhältnisse des Thäters. Uebrigens hat jedes Recht, selbst das immateriellste, z. B. das Recht der Persönlichkeit, der Ehre, seine materielle Grundlage, letzteres in den persönlichen Eigenschaften und der socialen Stellung des Verletzten.

Strafe des Gesetzes nur den, der das Recht in seinem materiellen Bestande verletzt hat, weil nur die objectiv vollendete Rechtsverletzung eine vollständige Verletzung auch des ideellen Rechtes — die wirkliche Entwendung eine vollständige Verletzung des Eigenthums- und Besitzrechtes, die wirkliche Ueberwältigung eine vollständige Verletzung des Rechtes der Persönlichkeit — enthält; dagegen erscheint auch schon der Versuch des Verbrechens als strafbar, insofern er einen Angriff auf das materielle Recht und eine thatsächliche Gefährdung desselben, somit aber bereits eine wirkliche, wenngleich minder vollständige Verletzung des Rechtes als solchen — der Versuch der Entwendung eine Verletzung des Besitz- und Eigenthumsrechtes einer bestimmten Person — enthält; er erscheint endlich als Versuch strafbar, d. i. als Gefährdung und somit Verletzung desjenigen bestimmten Rechtes, gegen welches der Angriff gerichtet war. Die Körperverletzung mit tödtlicher Absicht wird hiernach zum Versuche der Tödtung, und es fallen selbst Handlungen, welche noch keine materielle Rechtsverletzung hervorgebracht haben, unter diesen Begriff, wenn sie mit der bestimmten Absicht, dadurch eine Tödtung hervorzubringen, vorgenommen worden sind.

Diese verschiedenen Ansichten, die auch auf den Begriff des Versuches und die relative Strafbarkeit desselben von Einfluß sind, haben sich nun auch in dem positiven Rechte verschiedener Zeiten und Völker geltend gemacht.

Das römische Recht enthält keine allgemeine Vorschrift über die Strafbarkeit des Versuches. Wohl aber finden sich zahlreiche Beispiele von Gesetzen, in welchen entweder einzelne Versuchshandlungen ausdrücklich hervorgehoben und der (vollen) Strafe des Gesetzes unterworfen werden, oder wo der Begriff des fraglichen Verbrechens in solcher Weise bestimmt wird, daß dazu die Erreichung des vorausgesetzten Zweckes nicht erforderlich ist. Sie beziehen sich namentlich auf die Verbrechen der Tödtung, besonders durch Gift, der Majestätsbeleidigung, der vis publica, des ambitus, der fraudata annona, des Menschenraubes, der Fälschung [18]). Dagegen finden sich in Bezug auf andere Verbrechen

---

18) Es gehört dahin hauptsächlich die Lex Cornelia de sicariis und die ihr nachgebildete Lex Pompeia de paricidiis. L. 1. 3. pr. ad L. Corn. de sicar. (48. 8.) L. 1. in f. ad L. Pompei. (48. 9.). Von der ersteren heißt es: Lege Cornelia de sicariis et veneficiis tenetur, qui hominem occiderit — quive hominis necandi, furtive faciendi causa cum telo ambulaverit — praeterea tenetur, qui hominis necandi causa venenum confecerit, dederit rel. Vgl. dazu Pauli, sent. rec. V. 23. 1., wo es statt confecerit, dederit heißt: habuerit, vendiderit, paraverit: ferner Mos. et Rom. LL. Collatio tit. I. §. 2. 3. tit. VIII. §. 4. Näheres bei Sanio, observat. ad Leg. Cornel. de sicariis (Regiom. 1827.) p. 17 sq. Daher heißt es aber auch: In Lege Cornelia (also keineswegs überall) dolus pro facto accipitur. L. 7. D. h. t. Ferner gehören hierher die Leges Iuliae maiestatis (§. 3. I. de publ. iud. (4. 18.) Lex Iulia maiestatis, quae in eos, qui contra imperatorem vel rempubl. aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit, was

Aussprüche der Juristen, wonach die Bestrafung bloßer Versuchshandlungen ausgeschlossen wird. So bei der Injurie, dem furtum, dem damnum iniuria datum, wo namentlich gesagt wird, gegen den, der in diebischer Absicht ein Zimmer betreten, der geschlagen habe, ohne zu verwunden, könne nicht furti und resp. ex Lege Aquilia, sondern nur iniuriarum geklagt werden [19]). Ebenso wurde bei gewissen Strafen, welche das Edict des Prätors androhte, auf den Erfolg gesehen [20]).

Die Jurisprudenz des Mittelalters leitete hieraus den Satz ab, daß bei delictis gravioribus der Versuch gleich dem vollendeten Verbrechen, bei levioribus gar nicht bestraft werde [21]), was Cropp näher dahin präcisirt hat, daß bei allen criminibus publicis — also in dem eigentlichen Criminalrechte der Römer — das erstere, bei delictis privatis das letztere Princip gegolten habe [22]). Neuerdings hat man jenes strenge Princip aus dem subjectiven Standpunkte des römischen Criminalrechtes [23])

---

hier, obwohl es sich aus der Natur des fragl. Verbrechens erklärt, offenbar als etwas Besonderes hervorgehoben wird), de vi publica (L. 1. pr. L. 3. pr. h. t. (48. 6.) Pauli, sent. rec. V. 26. 3.), de ambitu (L. 1. C. Theod. h. t. (9. 26.); de annona (L. 2. pr. D. h. t. (48. 12.)). Bei allen diesen Verbrechen lassen sich die fraglichen Bestimmungen aus der besonderen Natur derselben erklären. Ebenso, daß bei dem plagium (Pauli, sent. rec. V. 6. 14. Collat. XIV. 2. 3.) und beim falsum (Pauli, sent. rec. V. 25. 1. Collat. VIII. 5. 7.) nicht die Erreichung des damit beabsichtigten Vortheiles, bei der Desertion, zumal vor dem Feinde, nicht das Gelingen derselben (L. 3. §. 11. D. de re milit. (49. 16.)) zum Eintritte der gesetzlichen Strafe erfordert wird. Bei der Lex Cornelia und den Legg. Iuliis ist überdies die vorwiegend politische Tendenz dieser Gesetze in's Auge zu fassen. Beispiele aus der späteren Kaiserzeit (L. 5. C. de episc. et cler. (I. 3.) L. 6. pr. C. de his qui ad eccles. (I. 12.)) können wenigstens nicht als Belege für den Geist des classischen Römerrechtes angeführt werden.

19) L. 15. §. 10. 17. de iniuriis (47. 10.) L. 21. §. 7. de furtis (47. 2.) L. 27. §. 17. ad L. Aquil. (9. 2.)

20) L. 1. §. 1. D. quod quisque in alterum (2. 2.). Mit Unrecht wird diese Stelle von Rein, Criminalr. der Römer S. 130, 2 unter den auf iniuria bezüglichen aufgeführt. Vgl. was oben Anm. 4 über die Bedeutung, welche hier iniuria hat, bemerkt worden ist. L. 5. §. 2. ne quis eum, qui in ius vocabitur, eximat (2. 7.) und andere bei Zachariä Th. I, S. 143 citirte Stellen. Alle diese Strafbestimmungen sind mehr polizeilicher (gerichtspolizeilicher) Natur.

21) Eine Zusammenstellung der verschiedenen Meinungen und Aussprüche älterer Rechtslehrer s. bei Zachariä Th. I, S. 94 flg.

22) Fr. Cropp, i. u. D. commentatio (praemio ornata) de praeceptis iuris Romani circa puniendum conatum delinquendi (Heidelb. 1813.) bes. p. 68. Vgl. auch Wächter, Lehrb. §. 85, Nr. 67, 1, der aber das Princip auf die crimina ordinaria beschränkt. Die Regel für die delicta privata wird daraus hergeleitet, daß hier die Strafe sich nach dem verursachten Schaden gerichtet habe. Abegg, Lehrbuch S. 157. Rein, Criminalrecht S. 123, 132. Vergl. jedoch unten Note 28.

23) Rein, Criminalr. der Römer S. 66. Köstlin, Revision S. 337. Cropp leitete jene Strenge daraus her, daß die Strafe von den Römern als ein Mittel zur Bekämpfung der bösen Neigungen im Menschen, also als ein Mittel zur Zucht, i. e. Abschreckung (a malis cogitationibus absterreri p. 15. — ut exemplo in maleficiis statuto a delinquendo absterrerentur p. 28. — ut alii a delictis absterrerentur p. 33.) betrachtet worden sei. Vgl. dazu L. 6. §. 1. L. 16.

und sogar aus dem Gegensatze von Staatsbürger und Unterthan, Republik und Monarchie[24]) herzuleiten gesucht.

Dagegen ist von Anderen die Cropp'sche Ansicht lebhaft bestritten worden[25]), und in der That würde man zu weit gehen, wenn man in dem von Cropp aufgestellten Princip eine feststehende juristische Rechtsregel erblicken wollte. Mit Recht ist von Zachariä schon die Existenz der Gesetze, welche Versuchshandlungen ausdrücklich hervorheben, gegen diese Annahme geltend gemacht worden. Denn hätte eine solche allgemeine Rechtsregel gegolten, so würde es der besonderen Erwähnung von Versuchshandlungen nicht bedurft haben. Allein bei der Alternative: Straflosigkeit oder volle Strafe, welche gerade aus dem Mangel allgemeiner Grundsätze über die Strafbarkeit des Versuches hervorging, mußte allerdings häufig, zumal bei sehr schweren und verabscheuungswürdigen Verbrechen, das Volksbewußtsein — das an der gänzlichen Straflosigkeit solcher Attentate nothwendig Anstoß nehmen mußte — mit dem Rechtsgrundsatze: nulla poena sine lege in Conflict gerathen, und wir dürfen uns daher nicht wundern, wenn sich Beispiele finden, daß in einzelnen Fällen die Volksgerichte auch bei mangelndem Erfolge ein Schuldig ausgesprochen haben[26]). Die Juristen aber konnten von einer anderen Rechtsregel nicht ausgehen, als daß nur derjenige der Strafe verfalle, der Alles gethan habe, was das Gesetz als Bedingung seiner Strafdrohung voraussetze und daß daher der Versuch straflos bleiben müsse, wo er nicht besonders mit Strafe bedroht sei. Die scheinbar allgemeinen Aussprüche der Rechtsquellen, welche dieser Annahme entgegengesetzt werden, haben zum Theil wohl nur durch ihre Aufnahme in die Justinianischen Rechtsbücher den Schein der Allgemeinheit erhalten[27]). Jedenfalls können sie nicht als Rechtssätze betrachtet werden,

---

§. 10. L. 28. §. 15. D. de poenis (48. 19.) L. 31. pr. depositi (6. 3.) L. 6. §. 3. de re milit. (49. 18.) L. 1. C. ad L. Iul. repet. (IX. 27.) L. 7. C. ad L. Fabiam (IX. 20.) Allerdings gehen hier Abschreckung und subjectiver Standpunkt Hand in Hand. Vgl. die N. 1 alleg. Abh. des Vf.

24) Brackenhöft in der Anm. 3 alleg. Abhandlung. Wenigstens die Lex Cornelia und die Leges Iuliae sind wohl schwerlich aus dem republikanischen Volksbewußtsein hervorgegangen.

25) Meister, im n. Archiv Bd. I, S. 466 flg. Sanio, ad L. Cornel. p. 86 sq. Lelièvre, de conatu p. 37. 65. Luden, Versuch S. 57—305. Zachariä, Versuch Th. I, S. 90—161. Th. II, S. 88—129.

26) Valer. Maximus, lib. VII. c. 1. nr. 8. rühmt den Metellus Celer, einen Zeitgenossen des Catilina und Pompeius, als stuprosae mentis acer punitor, weil er C. Sergio Silo, promissorum matrifamilias nummorum gratia, diem apud populum dixisset, und sagt: non enim factum tum, sed animus in quaestionem deductus est, plusque voluisse peccare nocuit, quam non peccasse profuit. Daß dies als etwas Besonderes gerühmt wird, beweist schon die abweichende Rechtspraxis. Vgl. auch Rein, Criminalr. S. 124.

27) L. 14. D. de sicariis: In maleficiis voluntas spectatur, non exitus, aus einem Rescripte Hadrian's, das sich jedenfalls auf einen Fall des homicidium bezog und wobei die emphatische Ausdrucksweise ganz der Manier des römischen Canzleistyles entspricht. Vgl. dazu die oben Note 18 citirte L. 7. h. t. Ferner:

vermöge deren man sich zur Bestrafung jeder Versuchshandlung für berechtigt geachtet habe, sondern nur als Ausdruck einer philosophischen Rechtsansicht, die aber sowohl auf die Gesetzgebung selbst als auch auf die Interpretation der Gesetze und juristischen Formeln [28]) nicht ohne Einfluß bleiben konnte. Erst in der späteren Zeit, wo es gewöhnlich geworden war, Handlungen, die den allgemeinen Charakter der Strafbarkeit an sich trugen, aber unter die Worte einer bestimmten Lex nicht fielen, im öffentlichen Interesse extra ordinem zur Bestrafung zu ziehen, konnten auch Versuchshandlungen, ohne specielles Gesetz, auf diesem Wege geahndet werden, wobei, nach Zachariä,„ der weite Begriff der iniuria zum Anhalten diente [29]). Die Nachrichten, welche wir hierüber besitzen, scheinen aber allerdings schon auf die Rechtsansicht hinzudeuten, daß der Versuch, als solcher, nicht dieselbe Strafe verdiene, wie das vollendete Verbrechen [30]).

L. 5. C. ad L. Iul. maiestatis (9. 8.) Eadem severitate voluntatem sceleris (huius), qua effectum, iura puniri voluerunt. L. 1. C. Theod. de ambitu (9. 26.) cum pari sorte leges scelus et sceleris (huius) punirent voluntatem. Auch Pauli, sent. rec. V. 23. (ad L. Corn. de sicar.) §. 3. und Cic. pro Milone cap. 7. bezieht sich auf die Grundsätze der L. Cornelia über homicidium. Ein anderes Beispiel, wo ein scheinbar allgemeiner Satz nur in Hinsicht auf eine bestimmte Lex zu verstehen ist, gewährt L. 15. D. ad L. Cornel. de sicar. vgl. mit L. 7. §. 6. ad Leg. Aquil. (IX. 2.) Vgl. des Vf. Abh. zur Lehre von der Anstiftung in Schletter's Annalen, 1854, H. 3, S. 214.

28) So interpretirte man das: si paret, furtum factum esse: furtum fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed et generaliter cum quis rem alienam invito domino (furandi animo) contrectat. Gai. inst. comm. III. p. 196. Als Rechtssätze aufgefaßt, würden übrigens jene allgemeinen Aussprüche zu viel, nämlich die Strafbarkeit der bloßen Absicht, beweisen.

29) L. 1. pr. de extraord. crim. (47. 11.) (aus Pauli, sent. rec. V. tit. de iniuriis 4. §. 5.). Sollicitatores alienarum nuptiarum itemque matrimoniorum interpellatores, etsi effectu sceleris potiri non potuerunt, propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur. Es ist hier nicht von dem Versuche eines crim. extraordinarium, sondern von dem Versuche eines crim. ordinarium, des adulterium, die Rede. Der Versuch aber wird nur extra ordinem bestraft und wird dadurch selbst zu einem crimen extraordinarium. Was man sich aber bei einem crimen ordinarium erlaubte, konnte man sich natürlich um so unbedenklicher bei einem crimen extraordinarium gestatten. Daß auch hierbei der Gesichtspunkt einer kräftigeren Entgegenwirkung gegen das Verbrechen, m. a. W. der polizeiliche Gesichtspunkt, der der Prävention und Abschreckung, vorwaltete, ergiebt sich schon daraus, daß die extraord. coercitio hauptsächlich aus der Jurisdiction des praefectus urbi (cum urbem nostram fidei tuae commiserimus L. 4. h. t. (I. 12.)) hervorging. Geib, Gesch. des röm. Criminalproc. S. 394 flg. Rein, Criminalr. der Römer S. 68.

30) L. 1. §. 2. de extraord. crim. Qui puero stuprum, abducto eo, vel corrupto comite, persuaserit, aut mulierem puellamve interpellaverit, — perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam relegatur (aus Pauli, sent. rec. V. 4. 14.). Vgl. damit Pauli, sent. rec. V. 17. 3., wo das gegenseitige Verhältniß der Strafarten angegeben wird, und V. 4. 8. verbis: pro commento fraudis.

Die letztere Ansicht liegt den unverfälschten Quellen des älteren germanischen Strafrechtes unbestritten zu Grunde[31]). Sie ist aus denselben in Art. 204 der Bambergensis und Art. 178 der peinlichen Gerichtsordnung Karl's V. und aus dieser in die meisten neueren teutschen Gesetzgebungen übergegangen.

Dagegen hatte der Code pénal, gestützt auf die damals gangbare Ansicht über das römische Recht, welcher mißverstandene Aeußerungen der kanonischen Rechtsbücher über die Sündhaftigkeit böser Gedanken und das damals ebenfalls allgemein verbreitete Abschreckungssystem zu Hilfe kamen[32]), im Art. 2 und 3 den Satz aufgenommen, daß der Versuch bei den schwereren Verbrechen, den crimes, mit derselben Strafe, wie das vollendete Verbrechen, bei den geringeren, den délits, nur insofern, als ihn das Gesetz besonders mit Strafe bedrohe, zu ahnden sei. Diesem Systeme haben, wiewohl mit einigen später zu erwähnenden Modificationen, das österreichische Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen vom J. 1803, welchem auch das neue Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen vom 27. Mai 1852 hierin treu geblieben ist, ferner das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten vom 14. April 1851 und der Entwurf eines Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern (erster Theil 1851, zweiter 1854) sich angeschlossen[33]).

---

31) Lex Salica tit. 21. c. 1. 2. vgl. mit tit. 19. c. 1. Lex Ripuarior. tit. 83. c. 1. 2. Lex Saxonum, tit. 1. c. 8. 9. 10. Bemerkenswerth ist, daß selbst das auf römisches Recht gegründete Edictum Theodorici die Bestimmung der Lex Cornelia über das cum telo ambulare nicht aufgenommen hat.

32) Il faut étouffer le crime dans son germe par de grands exemples, sagte Corvetto bei der Discussion des C. p. im Staatsrathe zur Empfehlung des Art. 2. Locré, législation de la France. Vol. 29. p. 105. Vgl. auch Mittermaier's Bericht über Bertauld cours de droit pénal in der krit. Zeitschr. für Rechtsw. und Gesetzg. d. Auslandes Bd. 26, H. 2, S. 254. Das Princip des C. p. ist übrigens in mehrere ausländische Gesetzgebungen, welche den Unterschied zwischen crimes und délits nicht haben, mit der Modification übergegangen, daß nur bei den mit gewissen schweren Strafen bedrohten Verbrechen der Versuch als solcher bestraft wird. Mittermaier, im Archiv, 1854, S. 3. Vgl. auch Entwurf für die Niederlande v. 1827 §. 23.

33) Dem österreich. Gesetzbuche von 1803 lagen ohne Zweifel dieselben Motive zu Grunde wie dem Code pénal. Doch scheint auch eine ähnliche Idee, wie die oben bei N. 9 erwähnte, mitgewirkt zu haben, da das Gesetz im §. 7 (§. 8 des neuen Gesetzes) geradezu sagt: „Schon der Versuch eines Verbrechens ist das Verbrechen selbst". Dagegen sagt Preußen §. 32: „Der Versuch eines Verbrechens wird wie das Verbrechen selbst bestraft"; Bayern Art. 38: „Der Versuch wird nach den nämlichen Bestimmungen wie das vollendete Verbrechen bestraft." Die Modificationen s. unten Anm. 101. Uebrigens enthält das neue österreich. Gesetzbuch nur eine Revision des alten, von welcher Hye, Commentar S. 7 bemerkt, sie habe sich auf die unerläßlichsten Verbesserungen beschränken müssen und bedürfe daher in mehreren und zwar wesentlichen Punkten, unter denen namentlich auch die Lehre vom Versuche aufgeführt wird, einer Reform. Im preuß. Strafgesetzbuche und im bayer. Entwurfe beruhen die fraglichen Bestimmungen auf einer durch die besonderen Verhältnisse dieser

Die Grundlage des teutschen gemeinen Rechtes sowie der meisten teutschen Particulargesetzgebungen bildet sonach Art. 178 der PGO. Karl's V., welcher einen solchen Reichthum praktischer Bestimmungen enthält, daß wir ihn füglich auch zur Grundlage der nachfolgenden Darstellung machen können. Wir finden uns dazu umsomehr bewogen, da ein großer Theil der verschiedenen Ansichten, welche wir zu erwähnen haben werden, aus einer verschiedenartigen Auffassung der Worte dieses Artikels hervorgegangen ist. Er lautet: „Von Straf unterstandener Missethat. Item so sich jemand einer Missethat mit etlichen[34]) scheinlichen Werken, die zu Vollbringung der Missethat dienlich sein mögen, untersteht, und doch an Vollbringung derselben Missethat durch andere Mittel wider seinen Willen verhindert würde, solcher böser Will, daraus etlich Werk, wie obsteht, folgen, ist peinlich zu strafen, aber in einem Fall härter, denn in dem andern, angesehen Gelegenheit und Gestalt der Sach; darum sollen solcher Straf halber die Urtheiler, wie hernach steht, Raths pflegen, wie die an Leib und Leben zu thun gebührt."

Der Versuch ist also ein verbrecherisches Unterfangen. Er setzt daher

1) die auf Begehung des Verbrechens gerichtete Absicht (solcher böser Will ist peinlich zu strafen) voraus. Dies liegt schon in dem allgemeinen Begriffe des Versuches. Der Begriff ist relativ; er kann gar nicht anders, als in Beziehung auf einen gewissen Zweck, der dabei beabsichtigt wird, gedacht werden. Culposen Versuch giebt es daher ebensowenig als den Versuch eines culposen Verbrechens[35]). Dagegen

---

Staaten gebotenen Transaction mit dem franz. Rechte ihrer Rheinprovinzen. Beseler, Commentar zum preuß. StGB. S. 147. Krävell, über die franz. Elemente im preuß. StGB. in Goltdammer's Archiv des preuß. StR. Bd. 1, S. 461 flg., bes. S. 477 und Zachariä, einige Worte über das neuere preuß. Strafrecht 2c., im Archiv des Criminalr., 1854, S. 322 flg. Daß auch in Frankreich die Härte des franz. Systems lebhaft gefühlt wird, darüber s. Mittermaier, krit. Zeitschr. Bd. 26, H. 2, S. 256 flg. H. 3, S. 350 und Zachariä a. a. O. S. 325.

34) Die in einigen älteren Ausgaben ersichtlichen abweichenden Lesarten: „ehrlichen" (soll so viel heißen wie „redlichen" im Art. 19 der PGO., d. i. beweisenden) und „äußerlichen" (s. Walch, Glossar. zur PGO. S. 15) werden durch die von Koch nach dem ältesten bekannten Drucke von 1833 besorgte Ausgabe und durch die Bambergensis nicht bestätigt. Sie beruhen offenbar nur auf Mißverständniß und willkürlicher Verbesserungssucht.

35) Mittermaier, im Archiv Bd. I, S. 181 u. Bd. X, S. 542 und fast alle neueren Schriftsteller. A. M. ist Hepp, Versuche S. 259, weil Alles, was vollendet werden könne, auch müsse angefangen werden können. Allein in dem culposen Verbrechen, als solchem, wird nur die culpose Herbeiführung des Erfolges bestraft. Ohne den Erfolg liegt zwar eine unvorsichtige Handlung vor, die als solche (möglicherweise) bestraft werden kann, allein culpos wird die Handlung erst durch den Erfolg. Man kann ohne Erfolg von einer culposen Handlung gar nicht sprechen. Eben deshalb kann man hier auch nicht von einem vollendeten Verbrechen sprechen. Die Kategorien von Versuch und Vollendung leiden auf culpose Verbrechen gar keine Anwendung.

ist streitig, ob zu dem Versuche eine bestimmte Absicht gehöre oder auch eine unbestimmte Absicht genüge. Es kommt hierbei darauf an, was man unter unbestimmter Absicht versteht. Nennt man schon Das unbestimmte Absicht, wenn der Verbrecher sich mehrerer Zwecke, jedoch nicht copulativ, sondern alternativ oder des einen derselben nur als eines eventuellen bewußt gewesen ist [36]), oder versteht man unter unbestimmter Absicht den Fall, wenn der Thäter den Eintritt des von ihm beabsichtigten Erfolges nicht mit Gewißheit erwartet hat [37]), so ist dabei ein Versuch ebensowohl denkbar, wie bei der bestimmten, aber indirecten Absicht, d. h. dem Handeln im Hinblicke auf einen speciellen, zwar nicht gerade bezweckten, aber als nothwendig (oder als wahrscheinlich) vorausgesehenen Erfolg. Versteht man aber unter unbestimmter Absicht diejenige Willensstimmung, wobei der Verbrecher nur im allgemeinen „verletzen", „schaden", „stehlen" will, ohne sich einer speciellen Verletzung, die er zufügen oder eines bestimmten Objectes, das er stehlen, zerstören ꝛc. wollte, bewußt zu sein [38]), so kann ihm, wenn das Gesetz den Begriff des fraglichen Verbrechens (ob Tödtung, ob Körperverletzung) von dem Erfolge abhängig gemacht oder die Strafe nach dem Erfolge (der Beschaffenheit der Körperverletzung, dem Werthe des Gestohlenen ꝛc.) abgestuft hat, nur derjenige Erfolg zur Strafe angerechnet werden, der infolge eines so generellen Vorsatzes wirklich eingetreten ist, da es an allem Anhalten fehlen würde, zu beurtheilen, welche Verletzung er zufügen, welchen Schaden er verursachen, was und wie viel er stehlen wollte, wenn seine Handlung ohne Erfolg geblieben ist [39]). Man kann sich, wenn man in solchen Fällen der Versuch als solchen strafen will, nur mit Vermuthungen helfen, die aller sicheren Grundlage entbehren [40]).

---

36) Dies ist der Feuerbach'sche, von vielen Neueren festgehaltene Begriff. S. Feuerbach's Betrachtungen über dolus und culpa ꝛc. in Deffen, v. Almendingen's und Grolman's Bibliothek für die peinl. Rechtswissensch. u. Gesetzkunde Bd. II, (Göttingen 1800) S. 230 flg.

37) Diesen Begriff haben Luden, Handbuch S. 247, Berner, Imputationslehre S. 186 flg., Köstlin, Revision S. 259 flg.

38) Krug, über dolus und culpa und insbesondre über den Begriff der unbestimmten Absicht, Leipzig 1854.

39) Für diese Meinung: Lelièvre, de conatu p. 200 sq. Luden, Versuch S. 261. Bauer, Abhandl. S. 328, B, 1—3. Krug a. a. O. S. 2, 81. Otto, Versuch S. 77. Dagegen: Zachariä, Versuch S. 42 flg. Köstlin, Revision S. 345 flg. Vergl. sächs. StGB. von 1855 Art. 47 nebst den Motiven.

40) Das würtemb. StGB. Art. 67, droht daher für diesen Fall eine besondere Strafe, Gefängniß (bis zu 2 Jahren, Art. 20). Vgl. damit sächs. StGB. von 1855, Art. 169, Abs. 2, Art. 301. Braunschweig (mit Lippe-Detmold) §. 39, und Baden §. 113 nehmen die geringste unter den möglichen Verletzungen als beabsichtigt an. Dagegen soll nach dem thüring. StGB. (s. unten Anm. 46) der Richter von dem vierten Theile des höchsten gesetzl. Strafsatzes für den höchsten Grad des fragl. Verbrechens (wird hier auch die tödtliche Ver-

Die Absicht muß aber auch

2) in That übergegangen sein. Cogitationis poenam nemo patitur, ist ein Satz, den auch das römische Recht, und zwar in einem Zusammenhange, wo unter cogitatio auch eine wirkliche Absicht verstanden werden muß, mehrfach anerkennt[41]), und selbst bei denjenigen Verbrechen, wo es schon entfernte Versuchshandlungen für strafbar achtet, nicht verleugnet. Scheinbar entgegenstehende Stellen[42]) beruhen darauf, daß de crimine cogitare, consilium criminis, auch von dem thätigen Berathen und Bedenken eines Verbrechens gebraucht werden kann. Es genügt daher auch nicht die innere That, der Entschluß zum Verbrechen, sondern die Absicht muß sich in einer Handlung, in „etlichen scheinlichen Werken", wie die Carolina dies ausdrückt und durch Wiederholung dieser Worte noch besonders hervorhebt, geäußert haben.

Dies führt auf die Frage über den Anfangspunkt des Versuches und den damit zusammenhängenden Begriff der vorbereitenden Handlungen[43]).

Aeltere Rechtslehrer betrachten auch die praeparatio delicti als einen entfernten Versuch[44]), und es findet sich diese Auffassung auch noch bei neueren Schriftstellern, z. B. bei Heffter, Lehrbuch §. 74. Der Ausdruck „unterstandene Missethat", „unternommenes Verbrechen", welchen auch Heffter §. 73 voranstellt, ist dieser Auffassung günstig, und es ist daher der Ausdruck „unterstandenes Verbrechen" geradezu für „Vorbereitung des Verbrechens" gebraucht worden[45]). Allein mit den

---

letzung als ein höherer Grad der „Verletzung" betrachtet?) abwärts nach den Umständen des einzelnen Falles die Strafe des Versuches bestimmen.

41) L. 18. D. de poenis (48. 19.) L. 1. §. 1. D. de furtis (47. 2.) L. 53. §. 1. de V. S. L. 225. eod. und viele andere bei Zachariä Th. I, S. 183 flg. und Rein, Criminalr. der Römer S. 128 flg. citirte Stellen.

42) L. 5. C. ad Leg. Iul. maiestatis (IX. 8.) L. 6. C. de his qui ad eccles. (I. 12.) Zur Erläuterung: Zachariä S. 187, Anm. 4.

43) Darüber besonders: Mittermaier, über den Anfangspunkt der Versuchshandlungen, im n. Archiv Bd. II, 1817, S. 602 flg. v. Zirkler, über die Schwierigkeiten einer richtigen legislat. Bestimmung für den Anfangspunkt eines strafbaren Versuches, in Hitzig's (Demme's und Kluge's) Annalen der teutschen und ausländ. Criminalrechtspflege Jahrg. 1838 S. 223 flg. Auch die oben Anm. 3 angef. Schriften von Zirkler, Brackenhöft u. Otto beschäftigen sich vorzugsweise mit dieser Frage.

44) Witzel, kurze Erörterung des Unterschiedes zwischen unterstandenen, angefangenen und vollendeten Verbrechen, Jena 1808. (Vgl. jedoch das Urtheil Wächter's, Lehrbuch S. 136, und Zachariä's, Einleitung S. XI, über diese Schrift. Ich führe sie nur an wegen der eigenthümlichen Bedeutung, in welcher W. den Ausdruck „unterstandene" Missethat nimmt.) Ferner: Feuerbach, Lehrb. §. 43. Tittmann, Handb. §. 97 u. a. m. Vgl. auch bayer. StGB. Art. 62 (und oldenburg. Art. 50).

45) Witzel, in der soeben alleg. Abhandlung. Die Ansicht, welche die Strafbarkeit des Versuches aus dem Verbote der strafbaren Handlung herleitet (s. oben bei Anm. 9), begünstigt diese Auffassung ebenfalls. Denn die verbotene Handlung beginnt mit dem ersten äußerlichen Hervortreten des Gedankens. Es wäre von diesem Standpunkte aus ganz willkürlich, vorbereitende und

„etlichen scheinlichen Werken“, welche die Carolina erfordert — wenn man darunter auch nicht gerade eine Mehrzahl von Handlungen zu verstehen hat — ist es unverträglich, jede äußere Thätigkeit, die irgend mit einer verbrecherischen Absicht in Verbindung steht, peinlich zu strafen. Die gewöhnliche, auch in die meisten neueren Gesetzgebungen übergegangene Ansicht ist daher die, daß Vorbereitungshandlungen noch nicht zum Versuche zu rechnen, daher unter dem diesen mit Strafe bedrohenden Gesetze nicht inbegriffen, folglich straflos zu lassen[46]) oder doch nur polizeilich zu strafen seien[47]), wofern sie nicht in einer an und für sich aus einem anderen Gesichtspunkte strafbaren Handlung bestehen oder besonders mit Strafe bedroht sind.

Unterscheidet man aber zwischen Vorbereitung und Versuch, so tritt die Frage nach den Grenzen dieser Begriffe hervor und die Frage nach dem Anfangspunkte des Versuches erhält die nähere Bedeutung, mit welchem Momente die Vorbereitung in Versuch übergehe.

Die Schwierigkeit der Beantwortung dieser Frage liegt darin, daß die Handlung, sammt dem dazu gehörigen Entschlusse, von dem ersten

---

ausführende Handlungen zu unterscheiden. Der Mensch soll nicht auf Stehlen ausgehen, soll Dolch und Gift nicht in mörderischer Absicht sich anschaffen ꝛc. Allein selbst die Beschränkung der Strafbarkeit auf den Anfang der (äußerlichen) Handlung liegt nicht in diesem Princip, wie wir bereits oben Anm. 12 bemerkt haben.

46) Die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen erkennen ausdrücklich an: Sachsen 1838 (und Altenburg) Art. 29. Würtemberg Art. 63. Braunschweig (und Lippe-Detmold) §. 40. Hannover Art. 34, 1. Hessen Art. 65 (und Nassau Art. 62.) Baden § 108. Sachsen 1855 Art. 45. Thüringen (es ist hierunter das großh. weim. StGB. v. 20. März 1850 zu verstehen, welches auf der Grundlage eines für die sämmtlichen thüring. Staaten bearbeiteten Entwurfes v. J. 1849 zu Stande gebracht und sodann mit geringen, hier nicht einschlagenden Abänderungen in Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, S. Meiningen, Anhalt-Dessau und Köthen (vgl. jedoch unten Anm. 104), S. Koburg und Gotha, Reuß j. L. publicirt worden ist) Art. 27. Bayer. Entwurf Art. 38. — Auch Preußen, §. 31, und Oesterreich, §. 8, haben durch ihre Definitionen die Vorbereitungshandlungen ausschließen wollen. Beseler, Comment. S. 139 flg. Hye, Comment. S. 290. Specielle Ausnahmen finden sich für die Vorbereitung zum Hochverrath fast überall, weil hier das Verbrechen selbst seiner Natur nach in einem Versuche besteht; sodann beim Morde (Würtemberg Art. 242. Braunschweig §. 151) und bei der Brandstiftung (Würtemberg Art. 379). Auch die Bestimmungen über Aufforderung und Verbindung zu Verbrechen lassen sich hierher rechnen. Vgl. unten Nr. 9. — Zur Literatur, außer den in Anm. 43 u. 44 angef. Schriften: Mittermaier, im Archiv Bd. X, S. 549.

47) Die polizeiliche Bestrafung der Vorbereitungshandlungen vertheidigen: Zirkler, in den Annalen a. a. O. S. 275. Martin, Criminalrecht §. 43. Jarcke, in Hitzig's Zeitschr. f. preuß. Recht H. 5, S. 119. Bauer, Abhandl. S. 351. Berner, Theilnahme am Verbrechen S. 415, 419. Dagegen will Pfotenhauer, Irrthum bei versuchten Verbrechen (s. unten N. 59) S. 53, sie lieber gerichtlich als polizeilich bestraft wissen. Manche Gesetzgebungen lassen Stellung unter Polizeiaufsicht zu. Bayern, StGB. Art. 59 (u. Oldenburg Art. 47). Würtemberg Art. 63. Hessen Art. 66 (Nassau nicht). Braunschweig (und Lippe-Detmold) §. 40. Hannover Art. 35.

Entstehen des noch unbestimmten Gedankens an bis zur beendigten Ausführung des Verbrechens, in einem stetigen Entwickelungsprocesse begriffen ist, und man darf sich daher von vornherein darüber nicht täuschen, daß hier von einer absoluten, mit logischer Schärfe bestimmbaren Grenze nicht die Rede sein kann [48]).

Hält man sich freilich an die grammatische Bedeutung des Wortes Versuch, so kommt man dahin, den Begriff des Versuches auf das, was man jetzt beendigten Versuch nennt (s. unten Nr. 7), zu beschränken, denn sowie die Worte Handlung und That die ganze Handlung und die ganze That bezeichnen, so bedeutet auch Versuch den ganzen, also den beendigten Versuch. Darauf läuft die Ansicht Brackenhöft's hinaus, wie sich schon in der Ueberschrift seiner Abhandlung („vom mißlungenen Verbrechen", eine reine Uebersetzung des französischen délit manqué) zu erkennen giebt. Damit ist denn allerdings eine bestimmte Grenze gewonnen. Allein dies kann nicht als die Meinung der Carolina betrachtet werden, die mit dem Ausdrucke „unterstandene Missethat" offenbar mehr begreift und dazu nur „etliche scheinliche Werke, die zur Vollbringung dienstlich sein mögen", also nicht Alles, was zu diesem Zwecke geschehen konnte, verlangt.

Zwar wenn man sich streng an den Begriff der Vollbringung hält und den Ausdruck „Werke, die zur Vollbringung dienstlich sein mögen", ohne Rücksicht auf den übrigen Inhalt des Artikels interpretirt, gelangt man zu einer fast eben so engen Begrenzung des Begriffes. Man kann dann unter Versuch nur solche Handlungen verstehen, welche unmittelbar zur Vollendung zu führen geeignet sind, also den sogenannten nächsten Versuch. Dies ist die Ansicht Zachariä's Th. I, S. 226, 229 [49]). Allein auch dies ist mit der Redeweise der Carolina „etliche scheinliche Werke" und mit der Annahme verschiedener Grade des Versuches („in einem Fall härter denn in dem andern") unvereinbar.

Man hat daher das Wort Vollbringung hier in einem weiteren Sinne, für Ausführung des Verbrechens, genommen, und die Bestimmung, welche in den meisten unserer Lehr- und Gesetzbücher sich findet, ist die, daß Versuch vorliege, wenn die Ausführung des Verbrechens angefangen ist.

Freilich sind auch hiermit noch nicht alle Schwierigkeiten beseitigt,

---

48) S. Zirkler, in den Annalen a. a. O. und die von ihm als Motto benutzte Aeußerung von Rossi, traité de droit pénal T. II. p. 265.

49) Wenn Zachariä, S. 229, hinzufügt, die Versuchshandlung müsse schon einen Bestandtheil des Verbrechens enthalten, so ist auch hiermit nichts erklärt. Es ist damit eigentlich nichts gesagt, als: der Versuch ist angefangen, wenn das Verbrechen angefangen ist. Anfang des Versuches, Anfang der Ausführung, Anfang des Verbrechens sind aber identische Begriffe. Vgl. hierbei, was wir oben Anm. 4 über die Bedeutung von crimen inchoatum in der L. 1. C. ubi de crimin. bemerkt haben.

denn es fragt sich nun weiter, was unter Ausführung zu verstehen sei. Ausführung bildet sowohl den Gegensatz der Vorbereitung als des Entschlusses[50]). Nimmt man es in dem ersteren Gegensatze, so liegt in dem „Anfange der Ausführung" kein specielles Merkmal des Begriffes, denn darauf kommt es ja eben an, den Versuch, also die Ausführung, von der Vorbereitung zu sondern. Daher wird auch durch die Mittermaier'sche Definition[51]), welche Luden, Versuch S. 459, adoptirt hat: der Verbrecher müsse sich in die Lage versetzt haben, das Verbrechen ohne neue Vorbereitung und ohne Unterbrechung begehen zu können, der Knoten nicht gelöst. Vorbereitung und Versuch sind correlat; mit dem Einen ist auch das Andere erklärt, eben deshalb kann aber nicht das Eine durch das Andere erklärt werden.

Nimmt man dagegen Ausführung im Gegensatze des Entschlusses, so fallen damit die Vorbereitungshandlungen vor den Entschluß. Man kann dann als Vorbereitung nur solche Handlungen betrachten, welche vorläufig und eventuell, behufs der künftigen Ausführung eines noch im Werden begriffenen, noch schwankenden Entschlusses, vorgenommen worden sind. Diese Ansicht hat Köstlin näher zu begründen gesucht. „Wenn der Begriff des Versuches überhaupt Realität hat", sagt derselbe Seite 386, s. Revision, „so muß jede in äußerer Handlung sich manifestirende Ankündigung der verbrecherischen Absicht (worunter Köstlin hier den Entschluß, die bestimmte und abgeschlossene Absicht, — Köstlin S. 224 flg. — versteht) darunter fallen, da keine solche Handlung mehr indifferent und unschuldig, sondern eben durch ihren subjectiven Inhalt bereits objectiv gesetzwidrig ist." Die nähere Begründung dieser Ansicht beruht zunächst auf Köstlin's subjectiver Auffassung des Verbrechens, und des Versuches insbesondre, allein derselbe bemerkt zugleich mit Recht, gegen Zachariä, daß eben durch das thatsächliche Hervortreten in der Handlung die Absicht auch gefährlich, und, wie wir hinzufügen dürfen, nicht blos das Gesetz, sondern auch das Recht verletzend, werde. Hiernach wäre also jede Handlung, die infolge (zur Ausführung) eines bereits feststehenden, bestimmten verbrecherischen Entschlusses vorgenommen wird, also z. B. auch das Anschaffen eines Gewehres mit der

50) Selbst für die unmittelbare Herbeiführung des Erfolges kann der Ausdruck Ausführung (d. i. Zu-Ende-Führung, Durchführung) gebraucht werden. In diesem Sinne wäre also „Anfang der Ausführung" mit der vorigen Definition identisch. Und in der That bezeichnet Tittmann, Handbuch §. 97, nur den nächsten Versuch als executio delicti. Auch Brackenhöft spricht daher von „Anfang der Ausführung".

51) Mittermaier, im Archiv Bd. II, S. 605, der jedoch demungeachtet hier auch das Hinbegeben nach dem Orte der That zum Versuche rechnet. Vgl. dagegen Otto, Versuch S. 32. Wir kommen auf diese Frage zurück. Auf die ununterbrochene Thätigkeit kann man übrigens kein entscheidendes Gewicht legen, da manche Verbrechen gar nicht anders, als durch unterbrochene Thätigkeitsacte ausgeführt werden können. Man denke z. B. an eine weitausgesponnene Betrügerei.

bestimmten Absicht, es zur Ausführung einer beschlossenen Mordthat zu gebrauchen, das Hinbegeben nach dem Orte der That, um den bestimmt beschlossenen Diebstahl „nun auszuführen", strafbarer Versuch [52]).

Was sich gegen diese Ansicht noch einwenden läßt, ist die Natur der menschlichen Entschlüsse selbst. Diese erlangen eigentlich erst mit der Ausführung absolute Bestimmtheit. Der verbrecherische Gedanke wächst und reift zum Entschlusse allmälig; jeder Thätigkeitsact, der zur Erleichterung der Ausführung vorgenommen wird, trägt auch zur Stärkung und Entwickelung des Entschlusses bei, allein unwiderruflich steht der Entschluß erst bei der Ausführung fest, und es ist oft nur ein geringer Zufall, was über Ausführung oder Nichtausführung entscheidet. Wollten wir aber hierauf ein entscheidendes Gewicht legen, so dürften wir nur das vollendete Verbrechen oder doch nur den beendigten Versuch bestrafen. Da dies nun die Absicht des Gesetzes (s. oben) nicht ist, so müssen wir uns mit einer relativen Festigkeit und Bestimmtheit des Entschlusses begnügen, d. h. mit einer solchen Gemüthsverfassung, wo es psychologisch nicht wahrscheinlich ist, daß der Verbrecher, dafern ihm nicht unvorhergesehene Hindernisse entgegentreten, auf dem betretenen Wege noch umkehren werde, und wo er selbst das Bewußtsein, daß er das Verbrechen nun ausführen wolle, gehabt hat. Der Beweis dieser Bestimmtheit aber kann nur aus der Handlungsweise des Verbrechers geführt werden. Sein Geständniß würde hier kein ausreichendes Anhalten gewähren, denn es würde ein psychologisches Urtheil enthalten, zu welchem er nicht competent ist, und in welchem er sehr leicht, sei es zu seinem Vortheile oder zu seinem Nachtheile, sich selbst täuschen könnte. In der Regel wird man daher nur solche Handlungen als Versuchshandlungen ansehen können, aus deren Beschaffenheit an sich schon eine bestimmte Absicht hervorgeht. Die bestimmte Absicht muß, wie auch Köstlin sagt, in der Handlung sich manifestiren. Luden ist dieser Ansicht in seinem Handbuche, §. 65, ebenfalls beigetreten, wozu er schon durch seine Erklärung der Worte „scheinliche Werke" [53]) (für beweisende Werke) Veranlassung gehabt hätte. Denn allerdings haben wir unter scheinlichen Werken nicht blos überhaupt äußerlich hervortretende, ohne alle Beziehung auf deren innere

---

52) Vgl. auch Bauer, Abhandlungen S. 312. Pfotenhauer, Einfl. d. Irrth. Abth. 1, S. 47 flg., 55. Mittermaier, im Archiv Bd. I, 1816, S. 166.

53) Luden, Versuch S. 461. Vgl. auch Zachariä S. 224 u. Brackenhöft S. 59. Vgl. die oben Anm. 34 erwähnte Lesart „ehrliche" und als Gegensatz dazu „äußerliche". Die Bambergensis, Art. 204, fügt die Worte, „die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen" in Parenthese, also als Erläuterung, zu dem Worte „scheinlichen" hinzu. Hiernach sind scheinliche Werke solche, aus deren objectiver Beschaffenheit (weil sie zur Vollbr. einer M. dienstlich sind) die böse Absicht hervorgeht. Vergl. auch Walch, Glossarium v. scheinlich.

Bedeutung, sondern solche zu verstehen, die als **Versuch**, d. i. als eine auf die Ausführung eines **Verbrechens** gerichtete Handlung äußerlich hervortreten, womit auch die **Gobler**'sche Uebersetzung dieser Worte: apparentibus factis, wohl vereinbar ist.

Welche Handlungen aber von solcher Beschaffenheit seien, daß daraus auf den bestimmten Entschluß zum Verbrechen geschlossen werden könne, läßt sich im allgemeinen nicht bestimmen. Es greift hier eine Beweisfrage in das materielle Recht ein, die, wie jede Beweisfrage, nur durch das richterliche Ermessen, d. i. die richterliche Ueberzeugung, entschieden werden kann. Ist der Verbrecher in seiner Thätigkeit soweit vorgeschritten, daß er die hauptsächlichsten moralischen und thatsächlichen Hindernisse seines Begehrens bereits überwunden hat; hat er gleichsam die Schiffe hinter sich verbrannt, so wird kein Zweifel sein[54]); dagegen wird Anschaffung eines Instrumentes, Hinbegeben nach einem zur That geschickten Orte, in der Regel **an sich** einen **Beweis** des bestimmten und festen Entschlusses nicht abgeben können. Es **bedarf** aber eines solchen Beweises nicht, wenn der Entschluß selbst als eine äußerlich wahrnehmbare Thatsache hervorgetreten ist. Dies geschieht durch die Eingehung eines Complottes, durch ein bestimmtes Versprechen, nicht aber durch eine wörtliche Drohung, denn „wer droht, thut nichts", ist ein altes wahres Sprichwort. Hat daher ein Complott, ein Versprechen stattgefunden, so kann von weiteren Vorbereitungshandlungen nicht füglich die Rede sein, vielmehr gehört Alles, was dann infolge des also **manifestirten** Entschlusses geschieht, also z. B. das Anschaffen von Instrumenten, das Hingeben nach dem Orte der That, zur **Ausführung** des Entschlusses.

Diese Theorie dürfte daher namentlich den neueren Gesetzgebungen, welche Alles auf den „Anfang der Ausführung" setzen, am meisten entsprechen. Doch sollte man bei Annahme derselben nicht von „Versuch" sprechen — da dieses Wort eigentlich nur zu der Brackenhöft'schen Ansicht paßt — sondern, mit **Hepp**, sich des Ausdruckes **unternommenes** (Carolina: unterstandenes) **Verbrechen** bedienen.

Uebrigens zeigt sich hier einer der Punkte, bei denen es von großem Einflusse ist, von welchen Grundsätzen über die relative Strafbarkeit des Versuches die Gesetzgebung ausgeht. Wo der Versuch mit der **gleichen** Strafe, wie das vollendete Verbrechen, bedroht ist, wird man natürlich geneigt sein, einen engeren Begriff desselben vorauszusetzen[55]), als da, wo der Versuch als eine minder schwere Verbrechensform anerkannt und mit einer geringeren Strafe, vielleicht ohne minimum, bedroht ist. Ja,

---

54) **Zirkler**, in den Annalen a. a. O., wo sich zur Beurtheilung dieser Fälle ein reiches Material und sehr beachtenswerthe Fingerzeige finden.

55) **Mittermaier**, in der krit. Zeitschr. f. Rechtsw. u. Gesetzg. d. Ausl. 26, 2, S. 237. Es ergiebt sich hieraus, daß man die Theorien französischer und österreichischer Schriftsteller für das gemeine teutsche Recht nur mit Vorsicht benutzen darf.

es läßt sich wohl fragen, ob solche Gesetzgebungen, zumal wenn sie auch zwischen dem criminell und polizeilich Strafbaren keine strenge Grenze ziehen, Ursache haben, die Vorbereitungshandlungen, deren Begriff stets schwankend bleiben wird, so scharf von dem Versuche zu sondern. Das gemeine Recht ist hierzu genöthigt, weil die PGO. den Versuch mit peinlicher Strafe bedroht.

Inwiefern auch durch Unterlassungen der Versuch eines Verbrechens begangen werden könne, ist eine Frage, deren Beantwortung in die Lehre von den Unterlassungsverbrechen gehört[56]). Bei reinen Unterlassungsverbrechen ist ein eigentlicher Versuch (vgl. jedoch unten Nr. 6) nicht denkbar.

Indem aber die PGO. etliche scheinliche Werke, „die zur Vollbringung dienstlich sein mögen," verlangt, verlangt sie nicht blos solche, die schon auf die Ausführung des Verbrechens gerichtet[57]), sondern auch

3) solche, die zur Ausführung desselben geeignet sind. Die sogenannten Wahnverbrechen (das Todtbeten, Vergiftung mit Hühneraugen 2c.[58])) sowie die Fälle, wo der Thäter im Irrthume statt des gewollten tauglichen ein völlig untaugliches Mittel (z. B. Zucker statt Arsenik) ergriffen hat[59]), sollten hierdurch jedenfalls von der peinlichen Bestrafung ausgeschlossen werden. Verwandt mit diesen Fällen sind diejenigen, wo der Verbrecher seine Thätigkeit gegen ein Object gerichtet hat, an welchem ein Verbrechen überhaupt nicht oder doch nicht

---

56) Hierüber Krug, über Unterlassungsverbrechen, Abhandlungen aus dem Strafrechte Nr. II.

57) So versteht es Bauer, Abhandl. S. 228. Vgl. auch bayer. StGB. Art. 57. Auch Luden, Versuch S. 475, versteht unter dienlichen Werken solche, die der Verbrecher für dienlich achtete, die also seinen dolus beweisen.

58) Köstlin, Revision S. 357, nimmt Wahnverbrechen, um die einschlagenden Stellen des römischen Rechtes zu beseitigen, in einem anderen Sinne, nämlich für solche, denen ein Rechtsirrthum zu Grunde liegt, also z. B. wenn Jemand mit seiner Cousine concumbirt, indem er dies für Incest hält. Heffter, Lehrbuch (5. Ausg.) §. 36, versteht unter Wahnverbrechen den Versuch an einem untauglichen Objecte. S. unten Anm. 60 flg.

59) Darüber besonders Pfotenhauer, der Einfluß des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen, Leipzig 1838, auch unter dem Titel: der Einfluß des thatsächl. Irrthums auf die Bestrafung vorsätzlicher Verbrechen, Abth. I. — Fr. Chop, Kann ein Verbrechen mit absolut untauglichen Mitteln versucht und an einem Gegenstande begangen werden, rücksichtlich dessen es unmöglich ist? im Archiv, 1842, S. 519—540. — Abegg, Lehrbuch §. 96, S. 164 nimmt an, daß in solchen Fällen gar kein Versuch vorhanden sei, daß also ein wirklicher Causalzusammenhang zum Begriffe des Versuches gehöre. Dagegen behandeln Zachariä, S. 233, und Andere die Frage als eine Frage nach der Strafbarkeit des Versuches, was richtiger scheint. Der Begriff des Versuches ist vorhanden, sobald der Verbrecher das von ihm gewählte Mittel für tauglich hielt, also z. B. wenn er vermöge abergläubischer Vorstellungen glaubte, daß gewisse Gebetsformeln die Erfüllung des Gebetes zur Folge haben müßten, wogegen freilich das Gebet einer Mutter, daß Gott ihr Kind durch den Tod von qualvoller Krankheit befreien möge, keinen Tödtungsversuch, sondern nur die Aeußerung eines Wunsches in der Form des Gebetes enthält.

das beabsichtigte Verbrechen (z. B. Abtreibung der Leibesfrucht an einer Nichtschwangeren) verübt werden kann[60]). In manchen dieser Fälle, z. B. beim Erstechen eines Leichnams, ist eigentlich gar keine Person vorhanden, deren Recht (auf Leben) durch die That verletzt worden wäre und verletzt werden könnte. Wir haben daher die Bestimmung der Carolina auch auf diese Fälle und um so gewisser anzuwenden, da die Stellen der römischen Rechtsbücher, von welchen wir annehmen können, daß sie dem Verfasser der mater Carolinae vorgeschwebt haben[61a]), gerade von Fällen dieser Art sprechen.

Was nun die Fälle der ersteren Art, die Anwendung untauglicher Mittel betrifft, so wird von den meisten Rechtslehrern zwischen absolut und relativ untauglichen Mitteln — eine Unterscheidung, die an sich auch auf die Objecte Anwendung leidet — unterschieden[61b]) und der Gebrauch der ersteren für straflos, die Anwendung relativ untauglicher Mittel aber, d. i. solcher, die an sich tauglich, aber in mangelhafter Beschaffenheit oder unzureichender Menge angewendet worden sind, für ebenso strafbar geachtet, wie der Versuch mit völlig tauglichen Mitteln; wobei indeß wieder zweifelhaft ist, ob die Anwendung eines noch nicht gehörig vorbereiteten Werkzeuges (z. B. eines ungeladenen Pistoles, eines Gewehres, worauf der Thäter das Zündhütchen aufzusetzen vergessen hat) zu der ersten oder zu der zweiten Klasse zu rechnen sei[62]).

Die Schwierigkeit in der Behandlung dieser Fälle liegt darin, daß, streng genommen, jedes Mittel, welches den beabsichtigten Erfolg nicht herbeigeführt hat, ihn auch nicht herbeiführen konnte, also untauglich war, und bei der völligen Relativität des Begriffes „untauglich" (auch mit Zucker kann man denjenigen, der die Zuckerkrankheit hat, um's Leben bringen) jedes Anhalten fehlt, um die Grenze zwischen tauglich, relativ tauglich und untauglich zu bestimmen.

Legislativ machen sich auch hier die verschiedenen Grundansichten geltend. Die objective Theorie kann nur Unternehmungen mit tauglichen Mitteln und an tauglichen Objecten für strafbar achten, weil nur daraus die wirkliche Gefahr einer objectiven Rechtsverletzung entspringt[63]); die subjective Theorie muß beide Fälle jedem anderen Ver-

60) Pfotenhauer a. a. O. S. 81 flg. — Mit Unrecht rechnet Bauer S. 378, hierher auch den Fall, wenn der Dieb einsteigt, um des Nachbars Geld zu stehlen, das gesuchte Geld aber nicht findet, weil der Eigenthümer inmittelst es ausgeliehen hat. Hier liegt ein ganz gewöhnlicher, durch einen Zufall vereitelter Versuch vor. Vgl. Erkenntniß des Cassationshofes in Darmstadt, in Schletter's Annalen, 1854, August, S. 156.

61a) §. 8. I. de obl. quae ex del. (4. 1.) L. 46. §. 8. D. de furtis (47. 2.) L. 43. §. 5. 10. 11. eod. L. 6. D. de expil. hered. (47. 19.)

61b) Eine Uebersicht der verschiedenen Ansichten siehe bei Pfotenhauer a. a. O. S. 7 und Zachariä, Versuch Th. I, S. 235 flg.

62) Pfotenhauer a. a. O. S. 11 und Bauer, Anmerk. zu s. hannöv. Entwurfe S. 404, 1.

63) Dies war die Ansicht Mittermaier's, im Archiv, Bd. I, 1816, S. 172 flg., 183 flg.

suche gleich achten, weil in beiden sich die gleiche Böswilligkeit kund giebt[64]).

Das Richtige und Praktische liegt auch hier in der Mitte. Nicht für völlig straflos, wohl aber für minder strafbar müssen Unternehmungen mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objecten geachtet werden. Straflos können sie nicht bleiben, weil dadurch jedenfalls das allgemeine Recht auf Sicherheit, also das Recht des Staates verletzt wird. Dies würde an sich nur zur polizeilichen Strafbarkeit führen. Allein das Benehmen des Verbrechers ist in beiden Fällen ein solches, wodurch auch die individuelle Sicherheit des erkorenen Opfers gefährdet, mithin dessen (ideelles) Recht auf Sicherheit seiner Person und seines Eigenthums 2c. verletzt wird. Manche Fälle enthalten sogar eine materielle Rechtsverletzung, wie z. B. wenn einer Nichtschwangeren wider ihren Willen ein abortivum eingegeben wird. Selbst das Erstechen eines Leichnams enthält eine iniuria (im weiteren Sinne) gegen den Verstorbenen und dessen Angehörige. Geringer aber muß die Strafe sein als bei anderen Versuchen, weil sich darin zwar die gleiche Böswilligkeit, aber nicht die gleiche Gefährlichkeit kund giebt[65]). Jedenfalls aber ist es nöthig, beide Fälle, den Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objecten, gleich zu behandeln, weil sie einander völlig analog sind. In beiden die bestimmte Absicht, ein Verbrechen zu begehen, und eine auf die Ausführung dieser Absicht gerichtete Handlung; in beiden Erfolglosigkeit dieser Handlung wegen eines Irrthums, dort in dem Mittel, hier im Object, das ja ebenfalls für den Verbrecher als ein Mittel zur Erreichung seiner verbrecherischen Absicht in Betracht kommt. Auch müssen die Strafen übergreifende sein, damit der Richter, wenn in concreto Zweifel entstehen, ob das Mittel (oder das Object) ein absolut untaugliches oder ein relativ untaugliches gewesen sei, sich helfen könne[66]).

Uebrigens ist es natürlich, daß auch bei dieser Frage die Gesetzgebungen, welche den Versuch mit der gleichen Strafe, wie das vollendete Verbrechen, bedrohen, es genauer nehmen müssen, als diejenigen, welche für den Versuch eine geringere Strafe, vielleicht ohne minimum, festsetzen[67]).

---

64) Luden, Versuch S. 275, und Thatbestand S. 195. Köstlin, Rev. S. 356. Köstlin führt mit Zirkler, a. a. O. S. 437, die Beurtheilung auf die allgemeinen Grundsätze vom Irrthum zurück. Da der thatsächliche Irrthum nicht zugerechnet werde, so könne er dem Verbrecher auch nicht zu Statten kommen. Die Grundsätze vom Irrthum müssen hier, wie Zirkler sagt, umgekehrte Anwendung leiden.

65) Dafür: Bauer, in den Anmerk. zu s. hannöv. Entwurfe S. 404 und in den Abhandlungen S. 351. Pfotenhauer a. a. O. S. 81 flg., bes. S. 91.

66) Pfotenhauer a. a. O. S. 101 flg. Vgl. sächs. StGB. von 1852 Art. 42 und 43 und die in der folgenden Note erwähnten Bestimmungen des würtemberg., braunschweig., bad. und thüring. StGB.

67) Oesterreich, §. 8, erfordert „eine zur wirklichen Ausübung führende

Unser Gesetz sagt ferner:

4) „und doch an der Vollbringung derselben Missethat durch andere Mittel wider seinen Willen gehindert würde.“ Diese Worte lassen sich auch als Gegensatz zum Versuche mit untauglichen Mitteln auffassen, da man auch hier sagen kann, der Verbrecher sei nicht durch andere Mittel an der Vollbringung gehindert worden. Die neuere Doctrin und Gesetzgebung hat daher den Gegensatz schärfer als Rücktritt, Abstehen von dem Versuche, Aufgeben desselben gefaßt[68]).

Ob dieses Abstehen Straflosigkeit oder nur Minderung der Strafe zur Folge habe, darüber sind die Ansichten verschieden. Die Carolina giebt darüber keine klare Entscheidung, da sie nur die Voraussetzungen angiebt, unter denen der Versuch peinlich zu strafen sei. Für die letztere Meinung läßt sich anführen, daß das Geschehene durch das Abstehen nicht ungeschehen wird, und daher ein Versuch des Verbrechens bleibt; daß also in dem freiwilligen Abstehen nur ein

---

Handlung“, wodurch nach Hye, Commentar S. 301, die Bestrafung eines Versuches mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objecten ausgeschlossen wird. Vgl. auch Entscheidungen des k. k. Oberlandesgerichtes in Wien, als Cassationshof, aus Stubenrauch's Gerichtsztg. mitgetheilt in d. sächs. Jahrb. Bd. VIII, S. 205 flg., Nr. 9. Preußen, §. 31, enthält keine ausdrückliche Bestimmung; man glaubte aber, daß die Bestrafung der hierher gehörigen Fälle schon durch die Worte „Anfang der Ausführung“ ausgeschlossen sei. Beseler, Comm. S. 144. Erkenntniß des Obertribunals im preuß. Ministerialbl. für 1853 S. 201. S. auch Archiv 1854 S. 498. Ebenso bayer. Entwurf Art. 37. Vgl. Motive S. 55. Sachsen (und Altenburg) bedroht im Art. 26, Nr. 3 den Versuch mit untauglichen Mitteln mit derselben Strafe, wie den Versuch überhaupt, nur daß es die am Schlusse des Artikels gestattete Straferhöhung für Kapitalverbrechen in diesem Falle nicht zuläßt; dagegen behandelt es den Versuch an einem untauglichen Objecte im Art. 27 mit besonderer Milde. Würtemberg, Art. 72, wendet die Strafe des nicht beendigten Versuches an, welche jedoch nicht unter $1/3$ herabgeht. Braunschweig (und Detmold) §. 36, letzter und vorletzter Absatz, behandelt die Wahnverbrechen als vorbereitende Handlungen, im übrigen Strafe des nicht beendigten Versuches, und zwar auch bei tauglichen, aber unzureichenden Mitteln. Hessen, Art. 67 (und Nassau, Art. 63), erklärt die Wahnverbrechen für straflos, sonst macht es zwischen tauglichen und untauglichen Mitteln und Objecten keinen Unterschied. Baden, §. 110, 111, droht die Strafe des nicht beendigten Versuches, ohne Minimum. Hannover läßt, in Art. 34, 2, die reinen Wahnverbrechen straflos, die Anwendung sonst untauglicher Mittel berücksichtigt es blos innerhalb des Strafmaßes. Des Versuches an einem untauglichen Objecte hat es nicht besonders gedacht. Thüringen (s. oben Anm. 46), §. 23, läßt Wahnverbrechen straflos, bei untauglichen Mitteln und Objecten geringere Strafe.

68) Für das römische Recht kam das Abstehen vom Versuche nicht in Frage, da es den Versuch als solchen überhaupt nur extra ordinem bestrafte. Zachariä, Versuch Th. II, S. 271 flg. Doch finden sich Stellen, welche wegen bewiesener thätiger Reue Straflosigkeit eintreten lassen. L. 9. pr. D. ad L. Cornel. de falsis (48. 10.) L. 11. D. de in ius vocando (2. 4.) Diese haben wohl der Carolina zu Grunde gelegen. Nicht zu billigen ist, wenn Manche das Nichtabstehen in den Begriff des Versuches aufnehmen. Z. B. Baden, StGB. §. 109. Dagegen: Abegg, Lehrbuch §. 96, S. 154.

Milderungsgrund, der der thätigen Reue, zu finden sei[69]). Diese Theorie muß daher auch auf die Motive des Rücktrittes, ob sie in Reue, oder Furcht vor Entdeckung und Strafe bestanden, Gewicht legen. Für die erstere Ansicht dagegen wird geltend gemacht[70]), daß die Bestrafung des Versuches als solchen auf dem subjectiven Elemente der Handlung, dem bösen Willen, beruhe, daß also, wenn der Wille sich ändert, das Geschehene seine Bedeutung als Versuchshandlung verliere und nur noch als das bestraft werden könne, was es abgesehen von dem Gesichtspunkte des Versuches etwa noch Strafbares enthält (z. B. der aufgegebene Versuch der Tödtung als Körperverletzung, Injurie, Gewalt ꝛc.). Hält man diesen Gesichtspunkt ausschließlich fest, so kann es dann auch auf die Motive des Rücktrittes weiter nicht ankommen. Auch der Dieb, der das nächtliche Einsteigen aufgiebt, weil er Licht und Menschen im Hause bemerkt, muß straflos gelassen werden, dafern er nur, hierdurch bewogen, seinen Vorsatz wirklich aufgegeben, nicht etwa blos aufgeschoben hat[70a]). Zieht man aber daneben auch den Gesichtspunkt der Rechtsgefährdung in Betracht, so wird man nur im Falle eines freiwilligen Abstehens zur Straflosigkeit gelangen, weil durch wirkliche Sinnesänderung auch die Gefährlichkeit des Verbrechers gehoben wird[71]). Dies ist die Ansicht, welche als Grundlage der neueren Gesetzgebungen betrachtet werden kann[72]).

---

69) Hepp, Versuche S. 308 flg. Bauer, Abhandl. S. 355 flg. Auch Mittermaier, im Archiv Bd. I, S. 109, billigt die Straflosigkeit nur aus politischen Gründen. Luden, Versuch S. 271, 517, hat dieselbe Ansicht, obgleich er gemeinrechtlich Straflosigkeit annimmt. Von den neueren Gesetzgebungen hat nur Sachsen 1838 (und Altenburg), Art. 28, diesen Gesichtspunkt. Alle anderen lassen diesen Fall straflos. Vgl. jedoch unten Anm. 72. Braunschweig hat die Frage ganz übergangen. Auch in den Motiven zu §. 35, 36 wird sie nicht berührt.

70) Köstlin, Revision S. 377 flg. S. auch Zachariä, Versuch Th. II, S. 240 flg.

70a) Hierin ist das französische: si elle n' a été suspendue (Gesetz vom 28. April 1832) zweideutig.

71) Luden, Versuch S. 271 flg., 517 flg. Zachariä, Versuch Th. III, S. 240 flg. S. daselbst auch die ältere Literatur.

72) Das hess. StGB., Art. 69, nimmt zwar Straflosigkeit an, setzt aber den Nachweis voraus, daß der Thäter freiwillig und aus Reue abgestanden sei. Ebenso Nassau Art. 65. Baden, §. 117, 118, sagt: freiwillig. Hannover, Art. 34, 3, „aus freiem Antriebe, ohne durch ein äußeres Hinderniß oder durch Zufall gehindert zu sein". Dagegen sagt Bayern (1813), Art. 58 (und Oldenburg, Art. 46), „wenn der Handelnde an der Vollbringung nicht durch äußere Hindernisse, durch Unvermögenheit oder Zufall verhindert wurde, sondern freiwillig, aus Gewissensregung, Mitleid oder auch Furcht vor der Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist." Aehnlich Würtemberg Art. 73. Am nächsten schließen sich Oesterreich und Preußen an die Carolina an. Ersteres, §. 3, setzt voraus, daß die Vollbringung „nur wegen Unvermögenheit oder Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses oder durch Zufall unterblieben sei". Letzteres, §. 31, erklärt den Versuch für strafbar, „wenn die Handlung nur durch äußere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne

Hieran knüpft sich die Frage, ob auch der Rücktritt von einem beendigten Versuche möglich sei und die an den Rücktritt überhaupt geknüpfte Folge (Straflosigkeit oder Strafmilderung) bewirke. Nach der Carolina kann man allenfalls diese Frage bejahen, denn sie spricht überhaupt nicht von Rücktritt, Abstehen, Aufgeben des Versuches, sondern schließt die peinliche Bestrafung aus, sobald die Vollendung nicht durch andere Mittel, nicht wider des Thäters Willen, verhindert worden ist. Also wer dem Anderen Gift giebt, ihn aber noch zeitig genug hiervon in Kenntniß setzt, um durch geeignete Mittel (was aber freilich auch nur andere Mittel sein können) die tödtliche Wirkung des Giftes noch abzuwenden, würde nach dieser Theorie nicht wegen Versuches der Tödtung zu strafen sein. Allein von einem Aufgeben des Versuches, einem Abstehen von der Unternehmung, einem Rücktritte von derselben, kann in einem solchen Falle nicht füglich gesprochen werden[73]). Es findet nur eine nachträgliche Abwendung des Erfolges statt[73a]). Eher kann man von Abstehen sprechen, wenn der Versuch schon mit der beendigten Thätigkeit des Verbrechers — also mit dem Hinsetzen, Einschütten rc. des Giftes — für beendigt geachtet wird (s. unten unter Nr. 7). Da indeß alle diese Fälle schon ein höheres Stadium in dem Fortschreiten der Handlung enthalten; da in dem ersteren bereits eine objective Rechtsverletzung vorliegt; und da auch der letztere eine an und für sich vollendete (beendigte) strafbare Handlung enthält, und die Abwendung des Erfolges oft nur vom Zufalle abhängt, so rechtfertigt es sich, wenn neuere Gesetzgebungen hier nur eine Strafmilderung aus dem Gesichtspunkte der thätigen Reue gestatten[74]).

5) In den bei der vorigen Nummer angeführten Gesetzesworten liegt aber zugleich das negative Erforderniß, daß es überhaupt nicht

---

Erfolg geblieben ist", womit es namentlich auch den beendigten Versuch mit einzuschließen scheint. Vgl. Schwarze, über das freiwill. Abstehen vom Versuche, insbes. des Meineides, in Goltdammer's Archiv f. preuß. StR. Bd. 2, S. 441.

73) Bauer, Abhandl. S. 360. Köstlin, Revision S. 395, 424 flg. Heffter, Lehrbuch 5. Ausg., §. 99, Anm. 3. Für das sächsische Recht: Held, in den sächs. Jahrbüchern, 1845, S. 105. Held und Siebdrat, Commentar zu Art. 28, S. 74. Krug, Gesetzauslegung S. 49 flg. Dagegen: Zachariä, Versuch Th. II, S. 255.

73a) Auch diesen Fall schließt das Nachtragsgesetz zum Code pénal vom 28. April 1832 durch die Worte: ou si elle n' a manqué son effet, que par des circonstances independantes de la volonté de son auteur vom strafbaren Versuche aus.

74) Baden §. 118. Hannover Art. 34, 3. Thüringen Art. 26. Bayer. Entwurf Art. 39. Sächs. StGB. von 1855 Art. 42, 1, das übrigens auch die Abwendung des Schadens nach bereits vollendetem Verbrechen bei der Brandstiftung (Art. 213) und bei dem Meineide (Art. 231) nach gleichen Grundsätzen behandelt. Uebrigens kommt auch bei dieser Frage viel auf die Fassung des Gesetzes an, welches den Termin der Vollendung bestimmt. Wird die Brandstiftung mit dem Entstehen einer Feuersbrunst vollendet, so ist das Wiederauslöschen des Feuers, bevor dies geschehen, Abstehen vom beendigten Versuche; wird sie schon mit der Entzündung des Gegenstandes vollendet, so ist das Wiederauslöschen nur Abwendung ferneren Schadens. S. den folgenden Abschnitt Nr. 5.

zur Vollendung des fraglichen Verbrechens gekommen sein dürfe. Was zu der letzteren gehöre, läßt sich natürlich nicht im allgemeinen bestimmen, sondern hängt von dem speciellen Begriffe der einzelnen Verbrechen, namentlich auch von der Fassung des Gesetzes ab, welches dieselben mit Strafe bedroht. Es ist hier an das gleich zu Anfange dieser Darstellung Bemerkte zu erinnern. Sagt das Gesetz: „Wer durch Gewalt ꝛc. sich fremdes Gut aneignet, wird als Räuber bestraft,“ so ist das Verbrechen des Raubes erst mit der Aneignung des fremden Gutes vollendet; sagt das Gesetz: „Wer, um sich fremdes Gut anzueignen, Gewalt verübt, wird als Räuber bestraft,“ so ist das Verbrechen mit der Gewaltanwendung vollendet, dafern sie nur in räuberischer Absicht geschah. Der Gesetzgeber sollte aber, wenn einmal zwischen Versuch und Vollendung unterschieden wird, Fassungen der letzteren Art möglichst vermeiden, da das natürliche Verhältniß der Begriffe dadurch gestört wird. Versuch ist seinem Begriffe nach die auf Erreichung eines gewissen Zweckes gerichtete Thätigkeit. Die wirkliche Erreichung des Zweckes macht die That, in Beziehung auf welche der Begriff des Versuches gedacht wird, zur vollendeten. Gehört also zu dem Begriffe eines gewissen Verbrechens überhaupt ein besonderer, verbrecherischer Zweck, so sollte auch die Vollendung desselben in die Erreichung dieses Zweckes, also beim Raube in die Aneignung des fremden Gutes, bei der Brandstiftung in die Erregung einer Feuersbrunst, gesetzt werden. Es widerstrebt der natürlichen Logik, ein Verbrechen für vollendet zu achten, wenn der Verbrecher seinen Zweck (nämlich nicht etwa seinen individuellen, indifferenten, entfernteren Zweck, seinen Endzweck, sondern den im Gesetze selbst vorausgesetzten Zweck, welcher den rechtlichen Charakter der That bestimmt) nicht erreicht hat. Der Richter wird dadurch verleitet, entweder an dem Gesetze zu deuteln, um die volle Strafe zu umgehen, oder den vorausgesetzten Zweck aus den Augen zu setzen und daher z. B. in Fällen, wo es gar nicht in der Absicht des Thäters gelegen hat, eine Feuersbrunst zu erregen, sondern wo er nur einen einzelnen beweglichen Gegenstand durch Feuer zerstören oder beschädigen wollte, eine Brandstiftung, und zwar eine vollendete, anzunehmen, sobald nur infolge einer solchen That etwas, das als ein Bestandtheil des Gebäudes ꝛc. anzusehen ist, z. B. eine Diele, ein Balken ꝛc. gebrannt oder geglimmt hat. Namentlich kommt man mit solchen Bestimmungen bei culposen Verbrechen in Verlegenheit. Soll jede Unvorsichtigkeit, infolge deren die Diele geglimmt hat oder angekohlt ist (z. B. durch Herausspringen einer kleinen Kohle aus dem schlecht verwahrten Ofen) als culpose Brandstiftung bestraft werden? Sodann mit der Begünstigung. Denn streng genommen ist die Theilnahme am Raube nach Anwendung der Gewalt, die Theilnahme an der Brandstiftung, nachdem es geglimmt hat, nur Begünstigung, wenn das Verbrechen so, wie oben angegeben worden, definirt wird. Am bedenklichsten ist dies, wenn die Vollendung verwandter Verbrechen anders bestimmt wird.

Wird z. B. der Diebstahl mit der Ansichnahme, der Raub mit der Gewaltanwendung vollendet, und kommt nun ein Fall vor, wo es zweifelhaft wird, ob das, was der Verbrecher gethan hat, um sich fremdes bewegliches Gut anzueignen, als Gewalt gegen die Person anzusehen ist, — z. B. er will einem an der Straße eingeschlafenen Handwerksburschen das Ränzel unter dem Arme wegziehen, dieser erwacht aber und hält es fest — so muß der Richter, wenn er sich für Diebstahl entscheidet, einen versuchten, wenn er sich für Raub entscheidet, einen vollendeten annehmen!

Im allgemeinen läßt sich daher das negative Moment des Versuches nur dahin bestimmen, daß noch nicht Alles vorhanden sein dürfe, was das Gesetz zum Thatbestande des fraglichen Verbrechens erfordert[75]). Doch kommen nur die positiven Momente des Thatbestandes, d. i. diejenigen, welche die Strafbarkeit der That begründen oder erhöhen, hier in Betracht. Fehlt ein negatives Moment, d. i. ein Umstand, durch welchen das fragliche Verbrechen von anderen, schwereren Verbrechen unterschieden wird, so liegt nichts weniger als ein Versuch jenes leichteren Verbrechens, sondern vielmehr das damit verwandte schwerere Verbrechen, und zwar als ein vollendetes, vor. Hat der Verbrecher das Vorhandensein eines zum Thatbestande gehörigen positiven Momentes irrthümlich vorausgesetzt oder, was natürlich ganz auf dasselbe hinausläuft, ist ein solches von ihm vorausgesetztes Moment nicht erweislich, — z. B. die uneheliche Mutter wirft ihr Neugeborenes in's Wasser, um es zu tödten, es wird aber nicht erwiesen, daß dasselbe gelebt habe — so kann die That ebenfalls nur als Versuch bestraft werden, jedoch nur als Versuch an einem Gegenstande, an welchem ein Verbrechen oder doch das fragliche Verbrechen (A injurirt einen Menschen, indem er ihn für den König hält), nicht begangen werden konnte (s. oben unter Nr. 3)[76]). Diesem Falle

75) Es ist hier natürlich nur der Thatbestand im engeren Sinne, der objective Thatbestand, gemeint. Der subjective Thatbestand, d. h. die Absicht, muß beim Versuche dieselbe sein wie beim vollendeten Verbrechen.

76) Auf diese Weise dürften sich die verschiedenen Ansichten über diese Frage, zu deren lebhafter Discussion besonders Art. 106 des bayer. StGB. von 1813 Veranlassung gegeben hat, am einfachsten ausgleichen, und man braucht keineswegs, mit Bauer, Abhandl. S. 310 flg., auf das „noch nicht" einen besonderen Nachdruck zu legen. Das Feuerbach'sche Beispiel: eine Frauensperson wirft ihr uneheliches, neugeborenes, lebendes Kind in's Wasser, aber ohne die Geburt desselben verheimlicht zu haben, paßt nicht, da die Verheimlichung der Geburt, wenn man sie überhaupt als ein gesetzliches Moment im Thatbestande des Kindesmordes anerkennen will, ein negatives Moment ist, bei dessen Abwesenheit die That in Mord übergeht. Irrt der Verbrecher über ein solches negatives Moment (z. B. er glaubt, seines Vaters Rock zu entwenden, während er einen fremden nimmt), so liegt ein reiner Fall des Irrthums vor. Der Verbrecher hat dann gar nicht den auf Diebstahl gerichteten dolus. Vgl. übrigens über die Frage: Mittermaier, im Archiv Bd. I, S. 166, 171 flg. Bd. IV, S. 355. Hepp, Versuche S. 271 flg. Bauer, Abhandl. a. a. O. Zachariä, Versuch Th. I, S. 22 flg. Pfotenhauer, Irrthum bei versuchten Verbrechen

analog ist der, wenn sich der Verbrecher über ein bei dem fraglichen Verbrechen vorausgesetztes persönliches Verhältniß, überhaupt über einen die Strafbarkeit bedingenden oder erhöhenden Umstand, geirrt hat. Der bloße Irrthum in der Person oder im Objecte macht die That nicht zum Versuche, es müßte denn, wie in dem vorangeführten Beispiele, gerade die Person des Verletzten oder das Verhältniß des Verbrechers zu derselben (A concumbirt mit einer Person, die er irrthümlich für seine Schwester ansieht) oder die Eigenschaft des Objectes (B entwendet seinen eigenen Rock, indem er ihn irrthümlich für einen fremden hält) die Strafbarkeit der That begründen oder erhöhen[77]).

Der Versuch eines Verbrechens kann jedoch, wie schon aus den angeführten Beispielen erhellt, aus einem anderen strafrechtlichen Gesichtspunkte ein vollendetes Verbrechen enthalten (sog. qualificirter Versuch). In diesem Falle richtet sich die Strafe nach demjenigen Gesichtspunkte, welcher zur schwersten Strafe führt. Ein eigentlicher Concurrenzfall liegt jedoch darin nur dann, wenn nicht schon nach dem Begriffe oder der thatsächlichen Natur desjenigen Verbrechens, welches versucht wurde, Handlungen, welche an und für sich Verbrechen enthalten, zur Ausführung desselben erforderlich sind. Keineswegs also kann neben dem versuchten Morde die darin liegende Körperverletzung, neben dem versuchten Raube, der versuchten Erpressung, der versuchten Nothzucht, die darin liegende Nöthigung (Gewalt, Bedrohung), als concurrirendes Verbrechen in Betracht gezogen werden, wohl aber, wenn Brandstiftung zum Zwecke der Tödtung verübt worden ist, die vollendete Brandstiftung neben dem versuchten Morde[78]).

Zu diesen Concurrenzfällen gehört auch der der sogenannten aberratio facti s. ictus[79]). Er unterscheidet sich von dem Falle des Irrthums in der Person dadurch, daß in dem letzteren dieselbe Person, gegen welche die verbrecherische Handlung gerichtet war, von dem Erfolge

S. 66 flg. Köstlin, Revision S. 378 flg. Der oben entwickelten Ansicht entsprechend ist Art. 43 des sächs. StGB. von 1855 gefaßt.

77) Gesterding, über Verbrechen, besonders Todtschlag, aus Irrthum in Ansehung der Person, im n. Archiv Bd. III, S. 486. Pfotenhauer, Diss. de delicto per errorem commisso. Hal. 1828. Derselbe, über den Einfluß des factischen Irrthums und der sog. Verirrung auf die Strafbarkeit vollendeter Verbrechen, auch unter dem Titel: Der Einfluß rc. auf die Strafbarkeit vorsätzlicher Verbrechen Abth. II (Leipzig 1839) bes. S. 69 flg. Heffter, die strafrechtl. Lehre von ignorantia und error, im n. Archiv Bd. XII, 1810, S. 281 flg., und Lehrbuch (5. Ausg.) §. 73. Zachariä, Versuch Th. I, S. 274. Bauer, Abhandl. S. 400. Köstlin, Revision S. 284. Krug, über die legisl. Behandlung des Irrthums im Strafrechte, Abhandlungen Nr. VIII, S. 226. L. 18. §. 3. D. de iniuriis (47. 10.) Dagegen: Geib, über den Einfluß des Irrthums in Bezug auf das Object im Strafrechte, im n. Archiv, 1837, S. 561 flg. 1838, S. 36 flg., 573 flg.

78) Hepp, Versuche S. 365 flg. Zachariä, Th. I, S. 268 flg.

79) Den Fall der aberratio ictus und des Irrthums in der Person verwechselt Heffter, Lehrbuch (5. Ausg.) §. 73. Auch Köstlin, S. 285 flg., hält beide nicht genug auseinander.

betroffen wird, bei der aberratio aber der Erfolg einen Anderen trifft, als gegen welchen die Handlung gerichtet war. Z. B. A setzt für den B Gift hin, C aber genießt es; A schießt nach dem B, trifft aber den daneben stehenden C. Hier liegt gegen den B ein versuchtes Verbrechen vor. Mit diesem concurrirt ein Verbrechen gegen den C. Ob dieses dem Verbrecher zum dolus oder zur culpa zuzurechnen sei, muß nach den allgemeinen Grundsätzen von dolus (indirectus) und culpa beurtheilt werden [80]).

Der eingetretene Erfolg muß aber auch endlich Folge der Handlung des Thäters und zwar derjenigen Handlung sein, durch welchen er denselben hervorbringen wollte. Hat A dem B eine tödtliche Wunde beigebracht, B ist aber, bevor diese zum Tode führte, durch eine andere, selbstständig wirkende Ursache um's Leben gekommen, so ist A nur einer versuchten Tödtung schuldig. Ob diese andere Ursache in einem reinen Naturereignisse (z. B. einem Blitzschlage) oder in der Handlung eines Dritten lag, ist gleichgiltig. Nur wird vorausgesetzt, daß sie selbstständig eingewirkt, daß also nicht etwa die von A verursachte Wunde zum Tode mitgewirkt, auch nicht etwa der Dritte mit ihm in dem Verhältnisse eines Theilnehmers gestanden habe [81]).

Der Fall, daß nicht dieselbe Handlung, welche den Erfolg bewirken sollte, ihn herbeigeführt hat, tritt ein, wenn z. B. der Mörder glaubte, seinen Zweck erreicht zu haben und nunmehr mit dem vermeintlich todten Körper etwas vornahm, wodurch allererst der Tod desselben herbeigeführt wurde. (Er wirft den vermeintlich Todten in's Wasser, um nicht entdeckt zu werden; hängt ihn auf, um glauben zu machen, daß er sich selbst das Leben genommen habe.) Auch hier enthält die erste Handlung nur einen Versuch der Tödtung. Die zweite enthält eine wirkliche Tödtung. Ob diese dem Thäter zum dolus oder zur culpa zuzurechnen sei, ist wiederum quaestio facti und nach den allgemeinen Grundsätzen über dolus und culpa zu entscheiden [82]).

80) Heffter, im Archiv a. a. O. S. 287 flg. Zachariä, Th. I, S. 274. Krug, über dolus und culpa S. 76. Für unbedingte Zurechnung zum dolus: Wächter, Lehrbuch Th. II, S. 128, 4, 6. Pfotenhauer, Irrthum bei vollend. Verbr. S. 88 (jedoch schwankend). Köstlin, Revision S. 287. Dagegen: Geib a. a. O., 1837, S. 561. 1838, S. 36. Eine gesetzliche Entscheidung der Frage enthält §. 134 des österreich. Gesetzbuches. Dazu Hye, Comm. S. 317 flg. Das bad. StGB., §. 100, scheint diesen Fall dem des Irrthums in der Person gleichzuachten. S. auch Hessen Art. 62. Braunschweig, Motive zu §. 28, S. 190 behandelt ihn als Concurrenz von dolus und culpa. Für das ältere sächs. Recht vgl. const. el. 6. P. IV. von 1572 und die Consultationen dazu.

81) Krug, über Causalzusammenhang, Abhandl. Nr. III, S. 56, 69, 70 flg. S. dagegen Wächter, Lehrbuch Th. II, S. 125.

82) Weber, über die versch. Arten des dolus im n. Archiv Bd. VII (1825) S. 549 flg., hat auf diesen Fall die Benennung dolus generalis angewendet, indem er annimmt, daß der der ersten Handlung zu Grunde liegende dolus auch auf die zweite zu beziehen sei. Ausdrückliche Entscheidungen enthalten Art. 56 des würtemberg. StGB. (der jedoch durch Gesetz vom 19. August 1843 außer Kraft gesetzt ist) und §. 99 des bad. StGB. Würtemberg setzte jedoch voraus,

6) Wo nun die unter den vorhergehenden Nummern angegebenen Voraussetzungen vorhanden sind, ist der Versuch als solcher nach der PGO. peinlich zu strafen. Natürlich bezieht sich diese Bestimmung nur auf den Versuch der in der PGO. aufgeführten peinlichen Verbrechen[83]). Die meisten neueren Gesetzgebungen haben die Strafbarkeit des Versuches generalisirt, so daß sie sich auf alle strafbaren Handlungen, namentlich auch auf Vergehen und Polizeiübertretungen bezieht. Doch bestraft das preußische Strafgesetzbuch — §. 33 — nach dem Vorgange des Code pénal, bei Vergehen den Versuch nur in den Fällen, wo er besonders mit Strafe bedroht ist, während es ihn bei Polizeiübertretungen im §. 336 ganz straflos läßt. Dagegen hat das hannöv. Polizeistrafgesetz §. 12 die allgemeinen Bestimmungen über den Versuch ausdrücklich auch auf Polizeiübertretungen für anwendbar erklärt.

Möchte nun auch der Vorschlag Mittermaier's[84]), überhaupt keine allgemeine Vorschrift über die Strafbarkeit des Versuches zu geben, sondern bei jedem Verbrechen besonders zu bestimmen, ob auch der Versuch desselben strafbar sei, in der Ausführung seine Bedenken haben, so dürfte doch für solche Gesetzgebungen, welche die Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen recipirt haben, es sich als zweckmäßig empfehlen, bei den Verbrechen die Strafbarkeit, bei den Vergehen die Straflosigkeit des Versuches als Regel aufzustellen, von beiden Regeln aber im speciellen Theile geeignete Ausnahmen zu machen. Denn einmal sind viele der Vergehen, welche unsere Strafgesetzbücher aufstellen, selbst nichts anderes, als Versuchs- oder Vorbereitungshandlungen, welche das Gesetz zu selbstständigen Delicten erhebt und wo mithin der Versuch zu einem Versuche des Versuches oder der Vorbereitung wird, und sodann finden sich darunter manche, wo ein Versuch thatsächlich gar nicht oder doch nur unter höchst eigenthümlichen Verhältnissen möglich ist. Es gehören dahin: einfache Unterschlagung, Verbalinjurie, selbst Realinjurie, Bedrohung, widernatürliche Unzucht, wahrheitwidrige Aussage vor Gericht u. a. m. Macht man freilich die Aufforderung zu einem Verbrechen oder die Verbindung zu einem solchen zum Versuche, so kann ein solcher Versuch bei allen strafbaren

daß der Thäter auch bei der zweiten Handlung von dem auf die Rechtsverletzung gerichteten Vorsatze ausgegangen sei oder doch das vermeintlich schon vollführte Verbrechen noch nicht mißbilligt habe. Interessante Discussionen darüber s. in Hepp's Commentar Bd. I, S. 458 flg. Baden rechnet den Erfolg zum dolus an, sobald noch keine Willensänderung stattgefunden hat. Neuerlich ist Köstlin, S. 263, infolge seines eigenthümlichen Begriffes der Absicht der Weber'schen Ansicht beigetreten. Vgl. dagegen Pfotenhauer, Irrthum bei vollend. Verbr. S. 115 flg. Mittermaier, der sog. generelle Vorsatz rc., im Archiv, 1841, S. 24 flg. Bauer, Abhandlungen S. 405 flg., und Berner, Imputationslehre S. 193 u. Theilnahme am Verbr. S. 143.

83) Abegg, Lehrbuch S. 157. Bauer, Abh. S. 353.

84) Anm. IV zu §. 42 des Feuerbach'schen Lehrb., 14. Ausg.

Handlungen vorkommen, allein der einfache und natürliche Begriff des Versuches — Anfang der Handlung ohne Vollendung — kann hier nicht füglich zur Anwendung kommen, weil der Anfang sofort in die Vollendung umschlägt[85]). Selbst wenn sich eine Trennung von Anfang und Vollendung hier denken läßt, spricht doch die Gesetzgebungspolitik dafür, von der Bestrafung abzusehen, da man sonst zu höchst minutiösen und schwierigen Untersuchungen Veranlassung giebt, die selten zu einem Resultate führen werden und deren Resultat jedenfalls mit der darauf zu verwendenden Zeit und Kraft nicht im Verhältnisse steht. Selbst bei einzelnen Verbrechen findet ein ähnliches Verhältniß statt, wie z. B. bei der Gotteslästerung, dem Meineide, namentlich in demjenigen Falle des letzteren, wo es sich um eine der Beeidung nachfolgende Aussage handelt[86]). Polizeivorschriften aber sollten stets so gefaßt sein, daß sie, wo Versuchshandlungen in Frage kommen, diese ihrem Wortlaute nach mit umfassen (z. B. wer ohne obrigkeitliche Erlaubniß öffentliche Aufzüge, Zusammenkünfte, Sammlungen u. s. w. veranstaltet — wer unreife Früchte zu Markte bringt ꝛc.), wodurch besondere Vorschriften über den Versuch entbehrlich werden[87]).

Indem nun die PGO. den Versuch eines Verbrechens mit peinlicher Strafe (an Leib oder Leben) bedroht, giebt sie dadurch zu erkennen, daß durch den Mangel der Vollendung sich das genus delicti nicht ändert, daß daher der Versuch eines Verbrechens Verbrechen, der eines Vergehens Vergehen ist. Es ergiebt sich daraus, daß, wo gewisse Strafarten für Strafen der Verbrechen erklärt werden, auch der Versuch eines Verbrechens mit diesen Strafarten zu ahnden ist. Auch diejenigen Gesetzgebungen, welche den Unterschied zwischen Verbrechen

85) Mittermaier, im n. Archiv Bd. IV, S. 17 flg. Bd. X, S. 542. Bauer, Abhandlungen S. 337 flg. — Hepp, Versuche S. 274 flg., 290 flg., Zachariä, Versuch Th. I, S. 54 flg. und Köstlin, Rev. S. 440, bestreiten dies, Hepp, weil jedes (prämeditirte) Verbrechen eine Vorbereitung zulasse — die aber noch nicht Versuch ist; Zachariä und Köstlin, weil keine Handlung rein potestativ sei, bei jeder eine Unterbrechung sich denken lasse. Allein wenn wir auch dieses Sichdenkenlassen zugestehen wollten (bei reinen Unterlassungsverbrechen ist es auch nicht einmal denkbar), so wird doch andererseits eingeräumt werden müssen, daß diese Fälle sehr wenig praktisch sind. Den Fall, welchen Köstlin, S. 442, in Hinsicht auf die Injurie anführt (wo Hepp und Zachariä den Gegnern beistimmen) — daß nämlich die injuriöse Absicht sich schon in Blick und Geberde kund gebe —, halten wir entweder schon für eine vollendete iniuria symbolica (vgl. Heffter, Lehrbuch (5. Ausg.) §. 75, N. 1) oder für kein „scheinliches Werk“. Nur in der Nebenform des Versuches an einem untauglichen Objecte kann der Versuch bei allen strafbaren Handlungen vorkommen, allein dieser Fall kann bei Vergehen unbedenklich straflos gelassen werden. Siehe Denkschrift über das System des — damals beabsichtigten — sächs. Entwurfes, im VI. Bande der sächs. Jahrbücher S. 17. Vgl. auch noch Menzel in der österreich. Zeitschrift: der Jurist Bd. III, S. 196 flg. Brackenhöft a. a. O. S. 89.

86) Vgl. sächs. StGB. von 1855 Art. 224 und Motive dazu.

87) Ueber den Versuch bei Polizeiübertretungen vgl. Mayer, Grundsätze des polizeil. Strafrechtes S. 32 flg.

und Vergehen nicht aufgenommen haben, halten meistens als Regel fest, daß beim Versuche, oder doch bei den schwereren Stufen desselben, die Strafart, womit das Verbrechen bedroht ist, nicht verändert oder doch wenigstens bei den schwersten Verbrechen nicht auf die geringste Strafart herabgegangen, namentlich aber ein gewisses Minimum der Strafe nicht überschritten werden dürfe[88]). In der That scheint eine Strafe ohne Minimum, bei einer Gesetzgebung, welche die Vorbereitungshandlungen straflos läßt, nur für die Fälle des Versuches mit untauglichen Mitteln oder an untauglichen Objecten Bedürfniß.

Ferner folgt aus Obigem, daß, wenn an ein gewisses Verbrechen außer der Strafe noch gewisse Folgen (Verlust von Ehrenrechten, Unfähigkeit zu eidlichem Zeugnisse &c.) geknüpft sind, diese Folgen auch Den treffen müssen, der sich eines Versuches dieses Verbrechens schuldig gemacht hat[89]). Wenn daher z. B. nach dem sächsischen Staatsdienergesetze §. 22 Diebstahl und Betrug die Dienstentsetzung nach sich ziehen, so gilt dies gewiß auch von dem Versuche dieser Verbrechen. Mit Recht stellt daher §. 8 des österreich. Gesetzbuches die Regel auf, daß, wo das Gesetz nicht besondere Ausnahmen macht, jede für ein Verbrechen überhaupt gegebene Bestimmung auch auf das versuchte Verbrechen anzuwenden sei.

Die Strafe soll aber

7) in einem Falle härter, als in dem anderen, nach Gelegenheit und Gestalt der Sache, bemessen werden. Es wird dadurch angedeutet, daß der Versuch verschiedene Grade hat, da er in einem allmäligen Fortschreiten zur Vollendung besteht. Man hat demnach zwischen conatus proximus und remotus unterschieden, dem man ebensogut noch einen conatus remotior und remotissimus hinzufügen könnte und womit man auch die Benennungen del. inchoatum, attentatum, praeparatum in Verbindung gebracht hat[90]). Alle diese Unterscheidungen haben jedoch keinen praktischen Werth, weil sie eben bloße Gradationen bezeichnen, welche dem Richter kein objectives Anhalten gewähren. Es wird damit nichts Anderes gesagt, als was die Carolina mit den Worten: „in einem Falle härter als in dem anderen, nach Gelegenheit und Gestalt der Sache" ausdrückt, weshalb sie auch die Urtheiler wegen der Abmessung der Strafe auf das Rathpflegen, d. i. auf ihr Ermessen verweist. Alle Casuistik, welche die Rechtslehrer des Mittelalters aufgewendet haben, um zu bestimmen, welche Fälle zum conatus proximus, welche zum remotus gehören[91]), kann dieß richterliche Ermessen nicht entbehrlich machen.

Indeß giebt es, wenigstens bei einigen und den wichtigsten Ver-

88) Die einzelnen Bestimmungen s. unten Anm. 102 flg.

89) Davon abweichend: würtemberg. StGB. Art. 69.

90) Feuerbach, Lehrbuch §. 43. Tittmann, Handbuch Th. I, §. 97. Wächter, Lehrbuch S. 138. Heffter, Lehrbuch §. 74 u. A. m.

91) S. hierüber Zachariä, Versuch Th. II, S. 1 flg.

brechen, einen Punkt, wo die Handlung gewissermaßen einen Stillstand macht und mit dessen Ueberschreitung sie nicht blos einen höheren Grad ihrer Aeußerung, sondern eine höhere, objectiv erkennbare Stufe ihrer Existenz erreicht. Dies ist das sog. delictum perfectum, der beendigte Versuch, welchen Klein zwar nicht erfunden, aber in die neuere Rechtswissenschaft eingeführt hat[92]).

Da es nun allenthalben von großer Wichtigkeit ist, dem Richter sichere objective Anhaltpunkte für die Strafabmessung zu gewähren, so haben die meisten neueren Strafgesetzgebungen von dieser Eintheilung Gebrauch gemacht[93]). Daß sie nicht auf alle Verbrechen paßt[94]), kann kein Hinderniß sein, sie da anzuwenden, wo sie paßt, zumal ja, wie wir gezeigt haben, auch der Begriff des Versuches überhaupt bei manchen Verbrechen nur eine künstliche Anwendung leidet. Bedenklicher ist, daß gegen diese Unterscheidung, und zwar von Ländern aus, wo sie seit einer Reihe von Jahren besteht, praktische Bedenken erhoben worden sind[95]). Allein diese Bedenken dürften aus der dort adoptirten Begriffsbestimmung hervorgegangen sein. Auch bei dem Begriffe des beendigten Versuches macht nämlich die objective und die subjective Anschauungsweise sich geltend. Jene versteht unter beendigtem Versuche den Fall, wenn der Thäter seinerseits Alles gethan hat, was zur Vollendung nöthig war oder, wie Braunschweig sich ausdrückt, „was von Seiten des Thäters geschehen mußte". Diese Definition ist schon aus logischen Gründen zu verwerfen. Denn wenn Alles geschehen ist, was zur Vollendung

92) Klein, Grundſ. des peinl. Rechtes §. 145. Vgl. auch Weber, über das beendigte Verbrechen und dessen angemessene Bestrafung im n. Archiv Bd. IV, S. 24. Die Benennungen delictum perfectum, beendigtes Verbrechen, sind unpassend, weil sie zur Verwechselung mit dem vollendeten Verbrechen Veranlassung geben und auf eine gleiche Strafbarkeit mit diesem hindeuten. Das französische délit manqué (delitto frustrado, mißlungenes Verbrechen, Brackenhöft) bezeichnet eigentlich jeden Versuch. Beendigter Versuch ist aber eine ganz passende Bezeichnung. Vgl. auch Heffter, Lehrbuch §. 99. Zachariä, Th. II, S. 56. Köstlin, Revision S. 434 flg.

93) Bayern Art. 61 (und Oldenburg Art. 50). Würtemberg Art. 64. Braunschweig (und Detmold) §. 36. Hessen Art. 68 (und Nassau Art. 64). Baden §. 107. Hannover Art. 33. Sachsen 1855 Art. 40, 41. Thüringen berücksichtigt den Unterschied im Art. 26 nur beim freiwilligen Abstehen.

94) Nur als Versuch mit untauglichen Mitteln und an untaugl. Objecten läßt sich der Begriff des beendigten Versuches, aber mit verminderter Strafbarkeit, auf alle Verbrechen anwenden. Insoweit hat Köstlin, S. 419, Recht. Der natürliche Begriff desselben paßt aber nur auf Verbrechen, zu deren Thatbestand ein von der Handlung sich absondernder, dem Zufalle preisgegebener Erfolg gehört oder, wie Brackenhöft a. a. O. S. 69, N. 4 sich ausdrückt, deren Vollendung noch eine Fortwirkung der Handlung nach Beendigung der Thätigkeit des Urhebers erfordert. Vergl. auch Weber a. a. O. S. 37 flg. Zachariä S. 27 flg.

95) Mittermaier, zu Feuerb. Lehrbuch §. 43, Anm. 1 z. E. und in der Schrift: die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung I, S. 177. Hufnagel, Präjudicien der würtemberg. Gerichte S. 70 und Commentar zum würtemberg. StGB. I, S. 131, II, 894.

nöthig war, so muß die Vollendung auch eintreten. Die meisten Gesetzgebungen (alle, außer Braunschweig) haben daher für nöthig gefunden, noch hinzuzufügen: „und nur der Erfolg des Verbrechens nicht eingetreten ist"[96]), womit aber der innere logische Widerspruch nicht gehoben und die Anwendung des Begriffes höchst schwierig wird. Denn da auch nach beendigter Thätigkeit des Verbrechers oft noch mancherlei Umstände hinzutreten müssen, bevor es zum wirklichen Erfolge kommt, so entsteht nun bei jedem dieser Umstände von neuem die Frage, ob nunmehr der Versuch beendigt sei oder nicht. Man denke sich z. B.: A hat den Zucker des B vergiftet, damit er sich beim Kaffeetrinken den Tod hole. Hier muß Kaffee gekocht, servirt, eingeschenkt, mit dem vergifteten Zucker versüßt und getrunken werden und es müssen auch etwaige gebrauchte Gegenmittel vergeblich gewesen sein, bevor es zum Erfolge kommt. Wo ist nun derjenige Moment, in welchem man sagen kann: es ist nur der Erfolg noch nicht eingetreten? Auch durch Hinzufügung des Merkmales, daß „seinerseits", d. i. von Seiten des Thäters, Alles geschehen sein müsse, was nöthig war, wird die Sache nicht gebessert, denn dann kann man sagen: er hätte warten sollen, bis Kaffee gekocht, eingeschenkt ꝛc. war, oder er hätte das Gift in die Kanne schütten, hätte mehr und stärkeres Gift nehmen sollen u. s. w., so würde der Erfolg eingetreten sein.

Richtiger und jedenfalls praktischer ist daher die schon bei den Kammerverhandlungen über das würtembergische Strafgesetzbuch zur Sprache gebrachte, aber verworfene[97]), neuerdings jedoch von Köstlin, Revision S. 422 flg., vertheidigte Begriffsbestimmung, nach welcher der Versuch beendigt ist, sobald der Verbrecher Alles gethan hat, was er seinerseits zu thun für nöthig hielt[98]). Die beendigte Thätigkeit des Verbrechers, derjenige Moment, wo er nun alles Weitere vom Zufalle erwartete, bildet einen bestimmten, objectiv erkennbaren Abschnitt, an welchen eine höhere Strafstufe sich knüpfen läßt. Dieser Abschnitt ist aber auch theoretisch, dem Begriffe nach, entscheidend. Köstlin deducirt dies daraus, daß der Begriff des Versuches auf dem Eingreifen des subjectiven Standpunktes beruhe und es daher in der Ordnung sei, wenn der Begriff auch seine näheren Bestimmungen (Anfang und Ende) aus dem subjectiven Standpunkte herleite. Allein die Bestimmung entspricht auch dem objectiven Begriffe des Versuches. Versuch ist die auf Hervorbringung des Erfolges gerichtete Handlung. Die Handlung, im Gegensatze der beabsichtigten That, ist beendigt, wenn die Thätigkeit des Verbrechers aufgehört hat, und mit der beendigten Hand-

96) Dies ist die Weber'sche Definition. Archiv a. a. O. S. 33.

97) Hepp, Commentar Bd. I, S. 509.

98) Diese subjective Definition haben auch auswärtige Gesetzgebungen adoptirt. Mittermaier, Archiv, 1854, S. 3. Auch dem bayer. StGB. von 1813, §. 60, liegt die subjective Auffassung des Begriffes zu Grunde. S. auch sächs. StGB. von 1855 Art. 40.

lung muß auch der Versuch beendigt sein. Die beendigte Handlung ist der beendigte Versuch, die beendigte That ist das vollendete Verbrechen.

Daß aber ein objectiv erkennbarer Abschnitt, an welchen sich eine höhere Strafstufe knüpft, dem Richter geboten werde, ist für solche Gesetzgebungen doppelt nöthig, welche den Versuch mit einer geringeren Strafe, als das vollendete Verbrechen, vielleicht ohne Minimum, bedrohen, da sonst dem Richter ein allzuweiter Spielraum in der Festsetzung der Strafe für die concreten Fälle gelassen werden müßte.

Daraus rechtfertigt es sich auch, daß bei gewissen Verbrechen, wo der Begriff des beendigten Versuches nicht paßt, gewisse objectiv erkennbare sehr nahe Versuchshandlungen dem beendigten Versuche gleichgestellt werden, wie z. B. beim Raube die Anwendung von Gewalt, beim Diebstahle durch Einbruch, Einsteigen u. s. w., der Einbruch und das Einsteigen selbst[99]).

Was endlich

8) die Strafe des Versuches betrifft, so ist dieselbe, wie wir bereits bemerkt haben, nach gemeinem Rechte ganz arbitrár, d. h. in das Ermessen (arbitrium) des Richters gestellt. Sie kann sogar in Todesstrafe bestehen (an Leib oder Leben zu strafen) und es würde sonach z. B. bei versuchtem Morde nach Befinden auf die Schwertstrafe erkannt werden können. Die Praxis, wenigstens in Sachsen vor dem Criminalgesetzbuche von 1838, war die, daß bei Capitalverbrechen auf die poena morti proxima, bei anderen Verbrechen auf die Hälfte der poena ordinaria erkannt wurde[100]).

Die neueren Gesetzgebungen haben durchgängig speciellere Vorschriften gegeben.

Bei denen, welche im Princip den Versuch mit derselben Strafe, wie das vollendete Verbrechen, bedrohen, kommen natürlich nur noch die Modificationen dieses Princips in Betracht[101]); die übrigen haben

---

99) Seckendorff, über den nahen und entfernten Versuch zusammengesetzter strafbarer Handlungen, insbes. des ausgezeichneten Diebstahles, im n. Archiv des Criminalr. Bd. II, S. 348. Vgl. auch Motive zum sächs. Entwurfe von 1852 S. 136.

100) Es fehlt jedoch auch nicht an Schriftstellern, welche behaupten, daß auch gemeinrechtlich der conatus proximus mit der Strafe des vollendeten Verbrechens zu ahnden sei. Henke, Beiträge zur Criminalgesetzgebung S. 177. Tittmann, Handbuch §. 99, Anm. m u. t. Weber, im Archiv Bd. IV, S. 24.

101) Oesterreich §. 47, lit. a, betrachtet den Versuch als einen Milderungsgrund, der jedoch in der Regel nur innerhalb des Strafmaßes zu berücksichtigen ist. §. 53. Bei Capitalverbrechen verweist es (§. 52) den Richter auf die Vorschriften über das Verfahren, d. h. auf das Befugniß, den Verbrecher zur Begnadigung zu empfehlen. Hye, Commentar S. 622. Eine Ausnahme findet bei dem Morde statt, wo der Thäter und die unmittelbaren Theilnehmer mit schwerem Kerker von 5 bis zu 10 Jahren, die entfernten Mitschuldigen und Theilnehmer mit schwerem Kerker von einem bis zu fünf Jahren bestraft werden

meistens Quotalstrafen[102]) angedroht, welche theils durch ein Maximum[103]), theils durch ein Minimum[104]), theils durch Maximum und Minimum[105]), in einer oder in verschiedenen Abstufungen, begrenzt sind. Am angemessensten scheint es, die Strafe des beendigten Versuches durch ein Minimum, die des nichtbeendigten durch ein Maximum (mit oder ohne Minimum) zu begrenzen, so jedoch, daß das Maximum der Strafe des nicht beendigten Versuches über das Minimum der Strafe des beendigten übergreift, und die Strafe des beendigten Versuches jedenfalls der Strafe des vollendeten Verbrechens (resp. dem Maximum derselben) nicht gleichkommen darf[106]).

---

sollen. §. 138. Indirecte Ausnahmen sind auch im §. 167 f. g. bei der Brandstiftung und im §. 191 beim Raube festgesetzt. Es scheint hiernach fast, als habe man durch die im §. 8 aufgestellte Regel nur das Mißverständniß verhindern wollen, als ob beim Hochverrathe zur vollen Strafe das Gelingen des Unternehmens erfordert werde, was jedoch schon durch die Fassung des §. 58 flg. unmöglich wird. Bei Vergehen und Uebertretungen gilt es als Milderungsgrund, „wenn der Verbrecher, da es in seiner Gewalt stand, die strafbare Handlung zu vollenden, es beim Versuche gelassen hat.“ §. 264 g. Preußen, §. 32, schreibt ebenfalls Berücksichtigung innerhalb des Strafmaßes vor. Bei Capitalverbrechen und mit lebenslängl. Zuchthaus bedrohten: zeitige Zuchthausstrafe von mindestens 10 (und höchstens 20 — vgl. §. 10) Jahren, nebst Stellung unter Polizeiaufsicht. Der bayer. Entwurf, Art. 39, gestattet bei Verbrechen der letzteren Art auf 15—20jährige Zuchthausstrafe, bei anderen bis auf die Hälfte des niedrigsten Strafmaßes herabzugehen.

102) Nur Braunschweig (und Detmold) weicht hiervon ab, indem es im §. 36 bei beendigtem Versuche nicht unter das minimum der angedrohten Strafart, bei nicht beendigtem auf die nächst niedrigere Strafart (die jedoch selbst in einem Quotalverhältnisse zu der höheren steht) ohne weitere Grenzen, herabzugehen gestattet.

103) Sachsen 1838 (und Altenburg), Art. 26, zwei Dritttheile maximum. Bei Capital- und mit lebenslängl. Zuchthaus bedrohten Verbrechen gelten 20 Jahre Zuchthaus 1 Grades (Altenburg 25 Jahre) als $^2/_3$. Bei Capitalverbrechen kann aber unter gewissen, im Artikel angegebenen Voraussetzungen auch auf lebenslängl. Zuchthausstrafe erkannt werden. Hannover, Art. 36, 37, bei beendigtem Versuche $^1/_2$, bei nicht beendigtem $^1/_3$ maximum. Besondere Bestimmungen bei Capitalverbrechen und beim Diebstahle, Art. 36 u. 302.

104) Bayern (1813) Art. 60 (und Oldenburg Art. 49), $^1/_2$ minimum. Würtemberg, Art. 64 u. 65, $^1/_2$ bei beendigtem, $^1/_3$ bei nicht beendigtem Versuche. Bei Capitalverbrechen (und mit lebenslängl. Zuchthaus bedrohten) nicht unter 15, resp. 8 Jahre Zuchthaus, Art. 68. Thüringen, Art. 24, nicht unter $^1/_4$, bei Capitalverbrechen nicht unter 6 Jahr Zuchthaus (statt dessen Anhalt unter gewissen Voraussetzungen Festungsstrafe zuläßt). Besondere Bestimmung für Versuch mit untaugl. Mitteln und an untaugl. Objecten.

105) Hessen, Art. 68 (und Nassau Art. 64) bei Capitalverbrechen Zuchthaus bis zu 16 Jahren; bei Zuchthausstrafe von bestimmter Dauer nicht über $^2/_3$ und nicht unter 6 M. Correctionshaus; in geringeren Fällen nicht über $^2/_3$.

106) Dafür hat sich namentlich Bauer, Abhandlungen S. 368, nach dem Vorgange des bad. StGB. erklärt, welches im §. 112 u. 114 bei beendigtem Versuche nicht unter $^1/_4$, bei nicht beendigtem nicht über $^2/_3$ erkennen läßt. Ihm schließt sich an das sächs. StGB. von 1855 Art. 41, indem es bei beendigtem Versuche nicht unter $^1/_2$, bei nicht beendigtem nicht über $^1/_2$ geht.

Schließlich haben wir noch

9) der **Combinationen** zu gedenken, in welche der Begriff des Versuches mit anderen secundären Verbrechensformen treten kann.

Daß es Versuch eines culposen Verbrechens nicht gebe, sowenig als culposen Versuch, haben wir bereits erwähnt.

Ebensowenig giebt es einen Versuch des Versuches oder der Vorbereitung. Alles, was zum Versuche eines Verbrechens oder zur Vorbereitung desselben gethan wird, fällt unter den Begriff des Versuches oder der Vorbereitung zu dem Verbrechen selbst, es müßten denn gewisse Versuchs- oder Vorbereitungshandlungen, ohne sie als solche zu bezeichnen und ohne sie von der Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen über Versuch und Vorbereitung auszunehmen, zu selbstständigen Verbrechen oder Vergehen erhoben worden sein. So läßt sich z. B. die Fälschung als eine Vorbereitungshandlung des ausgezeichneten Betruges betrachten, ohne Zweifel aber giebt es einen Versuch der Fälschung.

Dagegen ist Versuch der Beihilfe ebensowohl denkbar, als Beihilfe zum Versuche. Ersteres bestreiten, nach dem Vorgange von Feuerbach (Revision Th. 2, S. 247 flg.), Zachariä, S. 61, und Luden, S. 292, indem sie sagen: entweder habe der Gehilfe etwas gethan, was eine Hilfeleistung enthalte, dann sei er Gehilfe des Verbrechens selbst, oder er habe noch nichts gethan, dann sei er straflos; bloße Zusage der Beihilfe sei straflos [107]). Allein denken wir uns, es habe sich jemand anheischig gemacht, den Dieben die Leiter zu tragen; wie er sie aber eben erst angefaßt hat, wird die Sache entdeckt und das Verbrechen vereitelt. Hier haben wir sogar **Versuch** der Beihilfe zu einem **versuchten** Verbrechen, und diese Combinationen lassen sich in Gedanken noch weiter, bis in's Unendliche, fortspinnen, obgleich sie in praxi nicht leicht vorkommen werden. **Kommen** sie aber vor, so läßt sich dafür eine andere Behandlungsweise nicht rechtfertigen, als die von Berner, Theilnahme am Verbrechen S. 222 flg., bezeichnete, daß nämlich (wo überhaupt Versuch und Beihilfe mit Quotalstrafen bedroht sind) die Strafe nach einem doppelten, dreifachen ꝛc. Quotalverhältnisse berechnet werde [108]).

Ebenso verhält es sich mit dem Versuche der Begünstigung (jemand will einem Verbrecher zur Flucht behilflich sein, da er ihn aber eben in den Wagen heben will, wird die Sache entdeckt) und der Begünstigung eines versuchten Verbrechens.

Bedenklicher ist die Frage, ob man einen Versuch der Anstiftung

---

107) Damit wird auf Mittermaier, Archiv Bd. I, S. 179 und braunschweig. StGB. §. 37 gezielt. Auch Hepp, zweiter Beitrag zu der Lehre von der Theilnahme, Archiv, 1848, S. 268, findet schon in der Zusage der Beihilfe, weil sie eine moralische Bestärkung des Urhebers in seinem Entschlusse enthalte, eine Beihilfe. Vgl. dagegen Hepp's frühere Ansicht in den Versuchen S. 266.

108) Vgl. auch Bauer, Abhandlungen S. 459 und Köstlin, Revision S. 504 flg.

anzunehmen habe[109]). Von Manchen wird die erfolglose Anstiftung, d. i. der Fall, wo zwar der Auftrag, Befehl u. s. w. ertheilt, aber die Ausführung des Auftrages ꝛc. unterblieben ist, als Versuch der Anstiftung bezeichnet. Dieser Versuch würde dann für beendigt zu achten sein, wenn der Angestiftete die Ausführung des Verbrechens zugesagt hat[110]). Allein es ist gegen diese Ansicht geltend zu machen, daß Anstiftung gar keine selbstständige Verbrechensform ist, sondern nur eine der Modalitäten, wie man (juristisch) Urheber eines Verbrechens wird[111]). Die Frage ist also eigentlich so zu stellen, ob in der erfolglosen Anstiftung ein Versuch desjenigen Verbrechens liege, zu welchem angestiftet worden ist. Diese Frage wird allerdings in einem verschiedenen Lichte erscheinen, je nach dem Gesichtspunkte, aus welchem man die Anstiftung selbst betrachtet. Hält man sich streng an den Satz: quod quis per alium fecit, id ipse fecisse putatur, so kann man wohl sagen, daß in der Aufforderung schon etwas dem Versuche Analoges enthalten sei. Allein jedenfalls steht denn doch die Handlung nur dem Falle gleich, wenn jemand sich das Instrument der That aussucht oder zubereitet, und selbst diesem nur dann, wenn er auf die Erfüllung des Auftrages ꝛc. rechnen konnte; nur dann enthält sie ein „scheinliches" Werk, d. i. ein solches, woraus die Bestimmtheit und Festigkeit der verbrecherischen Absicht hervorgeht. Betrachtet man aber den Anstifter als Theilnehmer an dem Verbrechen des Angestifteten, so kommt bei ihm, wie bei jedem Theilnehmer, nur das, was wirklich zur Ausführung des Verbrechens geschehen ist, in Betracht. Alles Vorhergehende ist dann nur Vorbereitung. Auch entsteht das praktische Bedenken, welche Strafe nun zu erkennen sei, wenn der Angestiftete das Verbrechen wirklich unternommen hat, aber an der Vollendung desselben gehindert worden ist. Dann ist doch der Anstifter auch nur intellectueller Urheber eines versuchten Verbrechens, und dieser Versuch kann wiederum sowohl ein beendigter

---

109) Darüber besonders: Mittermaier, im Archiv Bd. I, S. 177 flg. Luden, Versuch S. 443 flg. Zachariä. Versuch Th. II, S. 34 flg. und im Archiv, 1850 (zur Lehre von der Theilnahme), S. 273 flg. Bauer, Abhandl. S. 340. Zirkler, im Archiv a. a. O. (s. Anmerk. 3) S. 439 bis zu Ende. Brackenhöft a. a. O. S. 87 flg. Hepp, zweiter Beitrag zu der Lehre von der Theilnahme, im Archiv, 1848, S. 270 flg. Roßhirt, Beitr. zur Lehre von der Anstiftung, im Archiv, 1852, S. 379 flg.

110) Bad. StGB. §. 122, obwohl es nur die Strafe des nicht beendigten Versuches androht. Auch das sächs. StGB., Art. 64, läßt die Strafe des nicht beendigten Versuches eintreten. Vgl. auch ein in der Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspflege des K. Bayern Bd. I, H. 1, S. 74 erwähntes Erkenntniß des OAGerichtes zu München und Erkenntn. des Ober-Criminalgerichtes zu Glücksburg in Temme's Archiv f. strafr. Entscheidungen H. 2, S. 251.

111) Näheres in Krug's Abhandl. zur Lehre von der Anstiftung, Abhandl. Nr. IV, S. 108 flg. Man kann daher wohl allenfalls von einem Versuche der Anstiftung (eigentlich Versuch eines Verbrechens durch Anstiftung), nicht aber umgekehrt von Anstiftung zum Versuche sprechen; denn wer anstiftet, will allemal, daß das Verbrechen vollendet werde.

als ein nicht beendigter sein. Sollte nun ein so wichtiger Fortschritt in der Handlung keinen Unterschied in der Bestrafung begründen? oder sollte etwa gar der Anstifter, wenn sein Versuch durch die Zustimmung des Angestifteten für beendigt geachtet wird, dadurch, daß der Angestiftete vor der Beendigung seines Versuches an der ferneren Ausführung des Verbrechens gehindert wird, auf die Stufe des nicht beendigten Versuches zurücktreten? [112]) Consequenterweise müßte man bei dieser Theorie die Thätigkeit des Angestifteten für ganz einflußlos auf die Beurtheilung des Anstifters erachten, und diesen, sobald sich der Angestiftete zur That bereit erklärt hat, mit der Strafe des vollendeten Verbrechens belegen [113]). — Richtiger scheint es daher, die erfolglose Anstiftung (selbst wenn der Andere darauf eingegangen ist) als eine Vorbereitungshandlung, aber als eine besonders strafbare, anzusehen, deren Strafe jedoch immer noch um etwas hinter der Strafe des Versuches (also des Falles, wo der Angestiftete nun wirklich, für den Anstifter, das Verbrechen versucht hat) zurückstehen sollte [114]).

Auch die Grundsätze über den Rücktritt vom Versuche leiden auf diesen Fall keine unmittelbare Anwendung, da der bloße Rücktritt den Anstifter nicht straflos machen kann, wenn er nicht zugleich die Ausführung des Verbrechens zu verhindern gesucht hat [115]). Das Nähere hierüber gehört jedoch in die Lehre von der Anstiftung.

Otto Krug.

Vertheidigung [1]). Die Antwort auf die Frage, ob und inwieweit dem Angeschuldigten die Zuziehung eines dritten Unbetheiligten

112) Mittermaier, im Archiv Bd. I, S. 178.

113) Der Ausdruck: „Versuch der Anstiftung", wonach die Anstiftung selbst als vollendetes Verbrechen erscheint, kann leicht hierzu verführen, besonders wo der Versuch selbst mit der Strafe des vollendeten Verbrechens bedroht ist. Daß diese Anschauung im MA. ihre Vertheidiger hatte, siehe bei Roßhirt a. a. O. S. 386 flg.

114) Berner, Theilnahme am Verbrechen S. 274 flg. Brackenhöft a. a. O. S. 81. Hepp a. a. O. (Archiv, 1848) S. 276. Roßhirt a. a. O. S. 399.

115) Roßhirt a. a. O. S. 403 flg.

1) Außer den Lehrbüchern sind zu vergleichen: Mittermaier, Anleitung zur Vertheidigungskunst rc. (Ed. IV. 1845) und Dessen Abhandl. über die Vertheidigung im mündl. Verfahren, in dem Magazine für badische Rechtspflege Bd. I, S. 320 flg., 412 flg. Vgl. ferner Molitor, in der Zeitschr. f. teutsches Strafverf. Bd. III, S. 14. Stemann, in dem Gerichtssaale Jahrg. V, Bd. I, S. 210 flg. Schwarze, über die Vertheidigung im mündl. Strafverf., in der sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. N. F. Bd. XV, S. 1 flg. und Derselbe, über die Vertheidigung in zweiter Instanz, in der allg. sächs. Gerichtsztg. 1857 S. 1 flg. Ueber das ältere Verfahren vgl. auch Zachariä, die Gebrechen rc. des teutschen Strafverf. S. 138 flg. in Verb. mit den Abh. von Rühl und von Eckert, in der Zeitschr. f. teutsches Strafr. Bd. II, S. 362 flg. Bd. III, S. 113 flg., sowie Marschner, Anleitung zur Vertheidigung des peinl. Angeschuldigten (Dresden 1828). Ueber das franz. Recht vgl. Levita, im Gerichtssaale Jahrg. II, Bd. I, S. 158 flg. in Verb. mit Mittermaier, die Oeffentlichkeit u. Mündlichk. rc.

behufs der Wahrnehmung seiner Rechte und Interessen in der Untersuchung zu gestatten sei, ist nicht selten davon abhängig gemacht worden, ob die Inquisitions- oder die Accusationsmaxime für die Untersuchungen strafbarer Handlungen gelten solle. Mit der Ansicht, daß der Richter im Inquisitionsverfahren ebensowohl die Schuld wie die Unschuld des Angeklagten zu erforschen und festzustellen verpflichtet sei, gelangte man leicht dazu, die Bedeutung einer besonderen Vertheidigung gering anzuschlagen, ja in derselben eine unnütze Verschleppung der Entscheidung und selbst eine Gefährdung des Zweckes der Untersuchung zu erblicken. Ueberall da aber, wo man den Formen des Accusationsprocesses sich näherte und dem Angeschuldigten eine freiere Bewegung und selbstständige Vertretung seiner Interessen gestattete, wurde auch die Vertheidigung begünstiget und in ihr ein naturgemäßer Bestandtheil der Untersuchung gefunden.

Auch hier bietet gerade die Entwickelung des römischrechtlichen Verfahrens Stoff zu interessanten Betrachtungen[2]). Wir beschränken uns hierbei auf wenige Bemerkungen.

Als noch im römischen Rechte der Anklageproceß als Regel galt und „das Recht noch weniger auf Gesetzen als auf der unmittelbaren Ueberzeugung des Volkes beruhte", war die mündliche Vertheidigung des Angeklagten durch ihn selbst oder einen seiner Verwandten die Regel. Es entsprach dies der allgemeinen Anschauung, daß der Angeklagte auch seine Sache führe, als der unmittelbar Betheiligte und derjenige, auf dessen Erklärungen eben Alles ankomme. Höchstens wurde etwa einer der nächsten Verwandten, als eine bei der Untersuchung und dem Ausgange derselben immerhin noch betheiligte Person, zur Vertheidigung zugelassen. Eigentliche Vertheidiger, welche ohne ein unmittelbares Interesse von ihren Kenntnissen und Talenten zu Gunsten des Angeklagten vor den Richtern derselben Gebrauch machten, kommen erst in der späteren Zeit vor. Dagegen ist die eigenthümliche, an unser altteutsches Recht erinnernde Einrichtung zu erwähnen, nach welcher der Angeklagte, zur Unterstützung seiner Vertheidigung, sogenannte Laudatores vorführte und aufrief, welche ein gutes Zeugniß über den Lebenswandel des Angeklagten ablegten und, ohne über die Anschuldigung selbst auszusagen, um Freisprechung baten; mithin eine Art von Leumundszeugen. Wie nun bei der Natur der damaligen Gerichte es weniger auf eine juristische Beweisführung als vielmehr darauf ankam, auf die Gefühle der Richter, insbesondre des Volkes einzuwirken, so

S. 212. Neuere Erfahrungen sind mitgetheilt von Bopp, Gerichtss. Jahrg. II, Bd. I, S. 455 flg. Hänle, ebendas. 1854 Bd. II, S. 38 flg. Vergl. auch Tippelskirch, in Goldtammer's Archiv Bd. II, S. 330 flg. und über die gegenseitige Stellung der Richter und Anwälte Piris, Gerichtssaal Jahrg. IV, Bd. II, S. 370 flg.

2) Wir beziehen uns hier auf Geib, Geschichte des röm. Criminalproc. rc., insbes. 135 flg., 318 flg., 602 flg.

finden wir auch, daß Ankläger und Angeklagter darauf bedacht waren, die Sympathien der Richter für ihre Anträge durch ihre Reden und auch durch andere Mittel (wie z. B. Seiten des Angeklagten durch einen das Mitleiden erregenden Anzug) zu gewinnen.

Dagegen traten zu den Zeiten der Quaestiones perpetuae als Vertheidiger unbetheiligte Redner auf (patroni), welche nunmehr die Sache des Angeklagten führten und gegen die Anklage Alles, was gegen dieselbe vorgebracht werden konnte, in kunstgerechter Form vortrugen. Diese Redner bildeten zwar keinen eigentlichen Stand oder abgeschlossene Corporation und erhielten von ihrem Clienten für ihre Mühwaltung schlechterdings keine Bezahlung oder Belohnung, genossen aber ein desto höheres Ansehen und suchten und fanden in der Uebernahme solcher Defensionen das Mittel zur Erlangung von Ruhm und von den höchsten Magistraturen. Auch lesen wir, daß öfters in derselben Sache mehrere Vertheidiger auftraten und die Zahl derselben, nachdem man vergeblich mehrmals sie zu beschränken versucht hatte, fortdauernd stieg. Eigenthümlich war es, daß, wenngleich sowohl den Anklage- als den Vertheidigungsreden eine möglichst freie Bewegung gesichert war, doch für beide eine Beschränkung bezüglich der Zeitdauer bestand, so daß z. B. ein vom Pompejus im J. 702 erlassenes Gesetz für die Anklage als höchsten Zeitraum zwei und für die Vertheidigung gleichfalls drei Stunden einräumte und soweit die Redefreiheit beschränkte.

Nach dem Untergange der Quaestiones perpetuae wurde zwar die Befugniß, daß Jeder aus dem Volke die Vertheidigung eines Angeklagten übernehmen konnte, nicht aufgehoben, jedoch von ihr kein häufiger Gebrauch mehr gemacht, indem bei einem jeden Gerichte eine bestimmte Zahl von Advocaten angestellt waren, welche bald die ausschließliche Vertretung der Parteien in allen Processen übernahmen, ein eigenes Collegium mit manchen Rechten bildeten, für ihren Beruf besondere Studien machten und für ihre Mühwaltung honorirt wurden.

Wie nun auch die richterliche Entscheidung immer mehr und mehr eine juristische Natur annahm und auf wirkliche Rechtsgründe sich stützte, so war die nothwendige Wirkung, daß die Vertheidigung ebenfalls nur von Rechtskundigen mit Erfolg geführt werden konnte und den Charakter eines juristischen Parteivertrages annahm. Es ist bezeichnend, daß diese Vertheidiger nicht mehr den Namen patroni führten, sondern advocati und daß sie einer Disciplinargewalt, nämlich der desjenigen magistratus, bei dessen Gerichte sie angestellt waren, unterworfen waren.

Die Beweisaufnahme selbst nahm immer mehr einen inquisitorischen Charakter an und die Aufstellung besonderer öffentlicher Beamten zur Anbringung von Denunciationen, deren weitere Vertretung vor dem Gerichte ihnen oblag, mag zur Entwickelung dieses Charakters besonders beigetragen haben. Die äußere Form dieses Anklageprocesses wurde beibehalten, allein das Princip des Inquisitionsprocesses fing an, mehr und mehr Geltung zu erlangen und das Verfahren zu bestimmen. Dies

zeigte sich auch in der Richtung des Erkenntnisses und in der wachsenden Unabhängigkeit desselben von der Anklage.

Im älteren teutschen Rechte finden wir gleichfalls das Recht der eigenen Vertheidigung und die Unterstützung des Angeklagten durch seine Verwandte und Freunde. Auch war dem Angeklagten die Befugniß eingeräumt, einen Fürsprecher aus der Reihe der Schöffen, welcher solchenfalls an der Urtheilsfällung nicht Theil nahm, zu wählen. In dem kanonischen Inquisitionsprocesse war die Defension völlig freigestellt [3]) und die Glossatoren und die italienischen Praktiker [4]) sprachen sich in gleichem Sinne aus, so daß wir die förmliche Vertheidigung auch in der Carolina bestätigt finden [5]). Der Vertheidiger sprach vor dem Gerichte bei der Schlußverhandlung und seine Aufgabe war durch die Beibehaltung der Formen des accusatorischen Verfahrens wesentlich erleichtert. Erst mit der weiteren Entwickelung des Inquisitionsprincips, mit welcher auch selbst die Formen des Anklageverfahrens verdrängt wurden, trat eine wesentliche Aenderung ein.

Die Stellung, welche dem Vertheidiger in dem teutschen Untersuchungsverfahren zugewiesen worden, kann in der That „eine verkümmerte" genannt werden. Allerdings gelangte die Ansicht, daß bei der, dem Richter im Inquisitionsprocesse gestellten Aufgabe die Beiziehung eines besonderen Vertheidigers unnütz sei, nicht zur allgemeinen Geltung, und die Männer, welche einen entscheidenden Einfluß auf die Gestaltung der Praxis und auf die Gesetzgebung gewannen, erachteten meistens die Vertheidigung für eine ebenso nothwendige als nützliche Maßregel, mindestens aber für eine Maßregel, welche in dem Inquisitionsprocesse durch die Rücksicht auf die Lage des Angeklagten noch mehr als im Anklageverfahren geboten sei. Allein auch da, wo die Vertheidigung in dieser Beziehung begünstigt wurde, wurde ihre Bedeutung durch die Entwickelung unseres Strafverfahrens wesentlich verringert und die Ueberzeugung hiervon, welcher natürlich auch die Vertheidiger selbst sich nicht entziehen konnten, mußte lähmend auf ihre Thätigkeit zurückwirken. Es ist nicht unpassend von einem Sachwalter die Stellung des Vertheidigers mit einem Arzte verglichen worden, „welcher, entfernt von dem Kranken, den er selbst nie gesehen noch gekannt hat, nach längerem oder kürzerem Leiden auf einmal um dessen Heilung angegangen wird und zu diesem Behufe weiter nichts, als die in dem Tagebuche des früheren Arztes nach dessen gutem oder schlechtem Ermessen aufgezeichneten Notizen über den bisherigen Verlauf der Krankheit und deren Behandlungsweise an die Hand bekommt" [6]).

Das Mißverhältniß zwischen Anklage und Vertheidigung in un-

---

3) Biener, Geschichte des Inquisitionsprocesses S. 50.
4) Biener a. a. O. S. 78 flg.
5) Art. 88, 90.
6) Eckert, in der Zeitschrift für teutsches Strafverf. Bd. III, S. 113 flg.

serem teutschen Processe ist so bedeutend, daß es mit Recht als ein wesentliches Gebrechen des letzteren bezeichnet worden ist [7]). Die Mittel, welche dem Vertheidiger zur Lösung seiner Aufgabe gestellt sind, sind so gering und so beschränkt, daß der Erfolg seiner Thätigkeit stets ein unsicherer bleiben wird. Man braucht nicht von „falschen Humanitätsrücksichten" für den Angeschuldigten, noch von einem „ungerechten Vorurtheile" gegen die Unparteilichkeit des Inquirenten geleitet zu sein, um diese Beschwerde für gerecht anzuerkennen. Will man dem Angeklagten die Wahrung seiner Interessen und Rechte durch einen besonderen Vertheidiger gestatten, so muß man ihm auch die Mittel hierzu gewähren und nicht ihm ein Recht einräumen, zu dessen Verwirklichung er außer Stande sich befindet. Denn auf welche Mittel ist der Vertheidiger im schriftlichen Processe hingewiesen? Er ist im Hauptwerke auf die Zusammenstellung der in den Acten enthaltenen Gründe, welche zu Gunsten des Angeschuldigten geltend gemacht werden können, beschränkt und hat es daher mit einem gegebenen, bereits fertigen Materiale zu thun. Die Acten sind das Product einer Thätigkeit, deren Controle ihm anvertraut ist, ohne daß ihm gestattet wird, diese Thätigkeit selbst zu controliren. Er kennt ja die Vorgänge, in welchen diese Thätigkeit sich geäußert hat, nur aus demjenigen, was ihm der Urheber derselben mittheilen will und alles Uebrige ist für ihn verborgen geblieben. Er ist nicht im Stande, den Gang der Untersuchung, die Vollständigkeit der Protocolle, die Treue der Aufzeichnungen und die gleichmäßige Berücksichtigung des Anschuldigungs- wie des Entlastungsbeweises zu überwachen und in den hier angedeuteten Richtungen die Interessen seines Clienten zu vertreten, weil ihm die Basis zu einer derartigen Vergleichung, das Material zur Prüfung fehlt, er vielmehr nur das Gegebene als den Gegenstand und zugleich den Maßstab der Prüfung betrachten muß. Die geschlossenen Acten werden meistens dem Vertheidiger zu besonders wichtigen Ausstellungen bezüglich des Verfahrens und zu besonders erheblichen Anträgen auf Vervollständigung keine Veranlassnng geben und die Arbeit desselben wird sich häufig auf eine Ausführung beschränken, zu welcher der aufmerksame und verständige Richter durch das Studium der Acten auch ohne den Vertheidiger gelangt sein würde. Man bedenke nur dabei, daß die Angeschuldigten in der Regel den ungebildeten Ständen angehören und nicht im Stande sind, die Treue und die Vollständigkeit der Protocolle, überhaupt die auf die Entscheidung einflußreichen Umstände und deren Feststellung gehörig zu beurtheilen und hiernach Anträge bei dem Richter zu stellen, — ganz abgesehen davon, daß häufig der Angeschuldigte, bei aller Humanität des Richters, befürchtet, denselben durch Widersprüche zu erzürnen und hierdurch seine eigene Lage zu verschlimmern. Die Unterredung, welche man dem Vertheidiger mit seinem (verhafteten) Clienten

7) Zachariä, die Gebrechen und Reform des teutschen Strafverfahrens S. 138 flg.

gestattet, und die außergerichtlichen Erkundigungen über die Sache, welche der Vertheidiger zur Vorbereitung seiner Arbeit einziehen kann, haben — offen gesprochen — wenig Werth. Die Unterredung kann den Mangel der Anwesenheit des Vertheidigers bei der Beweisaufnahme umsoweniger ersetzen, als der Vertheidiger hierbei nur die Auffassung und die Ansichten seines Clienten hört und überdies die Unterredung häufig in einer Weise beschränkt ist, daß Angeklagter und Vertheidiger sich ziemlich fremd bleiben und Ersterer selbst mit Erklärungen zurückhält, die er gern vorgebracht, aber vorzubringen nicht gewagt hat. Die außergerichtlichen Erkundigungen aber stützen sich eben nur auf die Acten und gewähren, wie die Erfahrung lehrt, in der Regel ein ebenso unsicheres als mit Mißtrauen aufgenommenes Resultat. Der Vertheidiger kommt — mit einem Worte — im schriftlichen Verfahren meistens zu spät. Dies gilt nicht selten auch von seinen Anträgen auf neue Beweisaufnahmen, wo Zeugen und andere Beweismittel schwer zu erlangen sind, die Zeugen einen guten Theil ihrer Erinnerung verloren oder die schon abgehörten, insbesondre die confrontirten Zeugen ihre Aussagen bereits dergestalt erstattet haben, daß eine Abänderung der letzteren nicht zu erwarten ist. Hierzu kommt endlich noch der Mangel einer bestimmten Anklage, gegen welche die Vertheidigung sich richten kann. Das schriftliche Verfahren begünstigt die Regellosigkeit der Untersuchung, in welcher man nicht selten ein Mittel, den Angeschuldigten irre zu führen und dadurch zu überführen, erblickte. Es hat nicht an Praktikern gefehlt, welche in der Formulirung einer bestimmten Anklage eine bedenkliche Störung des Planes der Unterstützung und eine ungerechtfertigte Bevorzugung der Vertheidigung erblickten.

Allerdings ist der Inquirent verpflichtet, mit gleicher Sorgfalt den Entlastungs- und Belastungsbeweis zu instruiren, und der Verfasser ist weit entfernt, den Werth und die Bedeutung dieser Verpflichtung zu unterschätzen oder zu behaupten, daß die Inquirenten sich nicht bemüht hätten, dieser Pflicht zu genügen. Der Verfasser kann wenigstens von Sachsen, gestützt auf seine mehrjährigen Erfahrungen in verschiedenen Spruchbehörden und insbesondre im höchsten Gerichtshofe des Landes, versichern, daß im allgemeinen die Richter, von dem Bewußtsein dieser Pflicht gefüllt, ihr nachzukommen bemüht gewesen und Klagen über absichtliche Vernachlässigung derselben fast nicht vorgekommen sind. Allein der Inquirent ist und bleibt ein Mensch und kann daher irren; — er folgt seiner gewissenhaften und pflichtmäßigen Ueberzeugung und diese kann eine irrige sein, — sie kann wenigstens wesentlich von derjenigen abweichen, welche der erkennende Richter gewonnen haben würde, wenn er selbst der Beweisaufnahme beigewohnt hätte; nur die Ueberzeugung des erkennenden Richters kann aber maßgebend sein. Die Ueberzeugung des Inquirenten influirt die Protocolle und alle seine Entschließungen, ohne daß bei der Lectüre der Acten Momente gefunden werden, welche auf das Irrige derselben und auf die Einseitigkeit der Beweisaufnahme

hinweisen. Nicht blos in dem Principe, daß der Richter für Erforschung der Wahrheit nach beiden Richtungen hin thätig sein soll, liegt das Bedenken bezüglich einer gleichmäßigen Berücksichtigung des Belastungs- sowie des Entlastungsbeweises, sondern vorzugsweise auch in der Schriftlichkeit des Verfahrens, durch welche die Controle über die Ausübung der dem Inquirenten auferlegten Pflicht erschwert, und die Möglichkeit, Einseitigkeiten und Unvollständigkeiten entgegenzuwirken, beinahe ausgeschlossen wird. Nicht durch die Zuziehung eines Vertheidigers zu der Untersuchung wird dem fraglichen Uebel gründlich abgeholfen. Denn, wäre dieses der Fall, so würde gegenwärtig im mündlichen Verfahren und zwar bei jedem Straffalle, auch dem geringfügigsten, die Zuziehung eines besonderen Vertheidigers nicht blos zulässig, sondern geradezu nothwendig sein, mithin dieselbe vom Gesetze vorgeschrieben werden müssen. Dies ist aber bis jetzt von keiner Seite beansprucht worden und es würde ein solches Verlangen in sich selbst zerfallen. In allen Fällen, wo gegenwärtig der Angeklagte mit Zuziehung eines Vertheidigers vor dem erkennenden Gerichte erscheint, ist daher die Pflicht des Gerichtes dieselbe, wie in den Fällen, wo er ohne einen Vertheidiger erscheint. Die Stellung und Aufgabe des Gerichtes kann nicht eine verschiedene sein, je nachdem ein Vertheidiger beigezogen worden ist oder nicht. Wie nun Niemand wird in Abrede ziehen, daß dem Gerichte die Pflicht obliegt, für Feststellung der den Angeklagten entlastenden und dessen Schuld mindernden Umstände bemüht zu sein, wo derselbe von einem Vertheidiger nicht berathen und unterstützt ist, so ist diese Pflicht auch in dem Falle, wo ein Vertheidiger beigezogen worden, nicht aufgehoben oder auch nur geschwächt. Es ist vielmehr der *Entlastungsbeweis* selbst, welcher durch die *Schriftlichkeit* des Verfahrens gefährdet ist und es ist *die Mündlichkeit*, welche die Garantien für die Treue und Vollständigkeit der Beweisaufnahme überhaupt gewährt.

Wir sind hiermit an einem Punkte angelangt, von welchem die hier besprochene Frage allerdings eine andere Antwort erhält, als dies in der Regel geschieht. Wir geben zu, daß, wenn in einer Untersuchung eine Richtung des Beweises vor der anderen unzulässiger Weise begünstigt wird, dieses in der Regel der Belastungsbeweis sein wird, sowie daß diese Gefahr umsomehr wächst, als die formlose Art des schriftlichen Verfahrens leicht zur Einleitung von Untersuchungen veranlaßt, deren spätere Einstellung immerhin dem Inquirenten unangenehm sein wird, da sie häufig, wenngleich nicht stets, einen Vorwurf bezüglich der Einleitung enthält oder doch in dieser Bedeutung vom Inquirenten aufgefaßt wird. Kommt hierzu das Bestreben mancher Inquirenten, namentlich der jüngeren, in der Untersuchung ein Probestück ihrer Thätigkeit und Umsicht zu liefern, welches sie in der Ueberführung des Angeschuldigten finden, so kann die Gefährdung des Vertheidigungsbeweises auf Kosten des Entlastungsbeweises nicht geleugnet werden. Dessenungeachtet ist

aber zuzugeben, daß das schriftliche Verfahren auch für den Anklagebeweis und die Beweisaufnahme bezüglich desselben nicht die erforderlichen Garantien bietet, weil auch hier die Einseitigkeit in der Ansicht des Inquirenten auf die Treue und die Vollständigkeit der Beweisaufnahme Einfluß hat und somit die Acten weder ein treues noch ein vollständiges Bild gewähren.

Mit einem Worte: das teutsche Untersuchungsverfahren bietet keine ausreichenden Garantien für die Feststellung der Wahrheit und die Acten bieten keine genügende Unterlage für die Entscheidung des erkennenden Richters. Dieser Mangel tritt vorzüglich stark bezüglich des Vertheidigungsbeweises hervor, insbesondre in Rücksicht auf die Stellung des Angeschuldigten in der Untersuchung und auf den gewöhnlichen Bildungsgrad desselben, wodurch ihm die wirksame Wahrnehmung seiner Interessen, selbst wo er hierzu befähigt sein sollte, wesentlich erschwert wird.

Wir wollen mit vorstehenden Bemerkungen den Werth der formellen Vertheidigung nicht schmälern, sondern nur die Einwendungen bezüglich des Vertheidigungsbeweises im schriftlichen Verfahren auf das richtige Maß zurückführen und eine Begründung derselben zurückweisen, welche, in ihrer consequenten Anwendung, die Beiziehung eines besonderen Vertheidigers in jedem Straffalle nöthig machen und dem Gerichte eine ebenso unwürdige als bedenkliche Stellung einräumen würde. Es würde mit anderen Worten in solcher Begründung die Behauptung liegen, daß das Gericht nur erst mit Hilfe des Vertheidigers das Wahre und Gerechte zu finden vermöchte. Wir wiederholen dabei, daß die Einwendungen bezüglich der Stellung des Vertheidigers im Hauptwerke nur das schriftliche Verfahren treffen, und zwar deshalb, weil dieses überhaupt für die Wahrheit und Treue der Beweisaufnahme keine Gewähr bietet.

Das mündliche Verfahren gewährt für die Beweisaufnahme die nöthige Garantie. In ihm liegt das Mittel, den Beweis nach allen Richtungen hin so treu und vollständig zu instruiren, als dies überhaupt bei der menschlichen Schwäche möglich ist.

Die in dem schriftlichen Verfahren nach und nach verkannte und verschwundene Bedeutung der Trennung der Untersuchung in die General- und in die Specialuntersuchung ist für die Vertheidigung von großer Wichtigkeit [8]) und diese Trennung in dem mündlichen Verfahren wieder wirksam geworden. Es ist gewiß ein großer Fehler, an dem wir gegenwärtig noch leiden, daß der Voruntersuchung eine Ausdehnung gegeben wird, welche weit über ihre naturgemäßen Grenzen hinausgeht und auf die Hauptverhandlung nachtheilig einwirkt. Die Hauptverhandlung wird dadurch zu einem Schlußverhöre und die Beweisaufnahme in derselben zu einer wenig nützlichen Wiederholung der in der Vorunter-

---

8) Mittermaier, Vertheidigung S. 19.

suchung erfolgten Beweisführung herabgedrückt. Es muß immer wieder daran erinnert werden, daß die Hauptverhandlung durch die Voruntersuchung nur vorbereitet und in jener diejenige Beweisaufnahme vorgenommen werden soll, auf Grund deren das Erkenntniß gesprochen wird. In der Vernachlässigung dieser Maxime liegt natürlich eine Gefährdung des Beweises und somit auch des Vertheidigungsbeweises. Die Gebrechen des alten Verfahrens werden außerdem in neuer Form wieder lebendig und die Erkenntnißquelle der Unmittelbarkeit wird getrübt.

Wie nun durch die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme eine Garantie für die Richtigkeit und Treue derselben geliefert wird, so ist auch dem Angeklagten die vollste Gelegenheit gegeben, seine Einwendungen und sonstigen Anführungen oder Entschuldigungen unmittelbar den erkennenden Richtern vorzutragen. Die Richter selbst erhalten unmittelbar und vollständig die Ergebnisse der Untersuchung vorgeführt, indem die letztere von ihnen selbst vorgenommen wird. Sie sind dabei verpflichtet, mit gleicher Sorgfalt die auf den Anklagebeweis wie die auf den Entlastungsbeweis bezüglichen Momente zu erörtern und festzustellen. Die im schriftlichen Verfahren dem Inquirenten auferlegte Pflicht bezüglich des Entlastungsbeweises kehrt hier wieder zurück. Wir halten sie auch für eine nothwendige Consequenz des Untersuchungsprincips und es ist dasselbe in keiner teutschen Strafproceßordnung aufgegeben worden, wie auch dieses Princip wesentlich den französischen Proceß beherrscht und der englische Proceß keineswegs seinem Einflusse sich zu entziehen vermocht hat. Allein die Verwirklichung dieses Princips ist hier eine andere als im schriftlichen Verfahren, indem die erkennenden Richter zugleich die untersuchenden Richter sind und dem Angeklagten die Möglichkeit geboten ist, alles Erforderliche unmittelbar den erkennenden Richtern vortragen zu können. Die Mittelglieder des Protocolles des Inquirenten und der Relation des Referenten sind weggefallen und mit ihnen alles dasjenige, was seither die erkennenden Richter an einer vollständigen und an einer treuen Kenntniß der Untersuchung behinderte.

Die formelle Vertheidigung ist daher durch das mündliche Verfahren gleichfalls mehr begünstigt, als durch das schriftliche Verfahren, ohne daß jedoch hierdurch der Charakter derselben alterirt wird. Es ist in beiden Verfahrensarten der Vertheidiger nur im Dienste der Gerechtigkeit zur Mitwirkung berufen. Er soll die zu Gunsten des Angeklagten sprechenden thatsächlichen und juristischen Momente geltend machen und verfolgen. Er soll dies thun im Interesse der Wahrheit und Gerechtigkeit, — und nicht vom Parteistandpunkte aus. Es liegt zwar in der Natur der Sache, daß der Vertheidiger nur die gedachten Momente hervorheben und ihre Bedeutung geltend machen wird. Allein er darf nicht unredlicher Mittel sich bedienen und unbestrittene Thatsachen durch Verdächtigung der betreffenden Beweismittel beseitigen. Er soll der Wahrheit treu bleiben und nur mit

den Waffen der Wahrheit kämpfen. Es ist nicht zu verkennen, daß derartige Mißbräuche durch das schriftliche Verfahren begünstigt worden sind und in einer mündlichen Vertheidigung seltener vorkommen, weil der Vertheidiger manches in öffentlich-mündlicher Verhandlung zu sagen sich scheuen wird, was er vielleicht im Eifer des Schreibens unbedenklich niederschreibt.

Wir finden daher, daß auch die formelle Vertheidigung ihre Aufgabe in dem mündlichen Verfahren beibehält. Aber das letztere gewährt ihr tüchtigere Mittel zur Durchführung dieser Aufgabe und bewahrt sogar die Vertheidigung vor manchen Abwegen, zu denen das schriftliche Verfahren sie verleitet.

In dem mündlichen Verfahren ist es bezüglich der Vertheidigung von maßgebender Wichtigkeit, ob die Schuldfrage von rechtsgelehrten Richtern oder aber von Geschworenen entschieden wird. Ob gerade in dieser Verschiedenheit durchweg ein Vorzug des Geschworenengerichtes zu finden sei, ist hier nicht weiter zu erörtern. Jedenfalls aber ist die Thatsache nicht zu bestreiten, daß die Anträge und die Vorträge der Staatsanwaltschaft bei einem Geschworenengerichte viel eher eines Gegengewichtes in der Thätigkeit eines Vertheidigers bedürfen, als bei einem Collegium rechtsgelehrter Richter. Die Stellung des Staatsanwaltes, als eines von der Staatsgewalt berufenen Beamten, in welchem man keineswegs den Parteimann zu erblicken gewöhnt ist, welchen man in dem Vertheidiger argwöhnt, ist bei den Geschworenen nicht selten ein für ihr Verdict entscheidendes Moment und eben deshalb hier die Aufstellung eines Vertheidigers besonders nothwendig.

Nach diesen Vorbemerkungen können wir die formelle Vertheidigung nicht als einen wesentlichen Theil des Verfahrens betrachten, sind aber dagegen der Meinung, daß das Verfahren so einzurichten ist, daß der materiellen Vertheidigung die möglichste Freiheit gewährt und ihr die volle Gleichberechtigung mit der Anklage zugestanden werde. In solcher Einrichtung liegt nicht nur die Erfüllung eines Postulates der Gerechtigkeit, sondern auch zugleich eine nicht zu gering anzuschlagende Beruhigung für den Angeklagten und eine Verstärkung des Vertrauens zu der Gerechtigkeit der Rechtspflege. Es wird stets einen widrigen Anschein erwecken, wenn diese Freiheit der materiellen Vertheidigung beengt und insbesondre in einer Weise beschränkt wird, welche das gleiche Verhältniß zwischen Anklage und Vertheidigung aufhebt. Die materielle Vertheidigung ist unmittelbar an den Richter gerichtet und bezweckt, die Ansichten und die Ueberzeugung desselben zu Gunsten des Angeklagten zu bestimmen. Sie ist übrigens nicht auf einen bestimmten Theil der Untersuchung beschränkt, sondern kann in jedem Stadio derselben und gegen jede gerichtliche Handlung thätig werden.

Es würde nun hier zu weit führen, die Grundsätze von der materiellen Vertheidigung zu erörtern und vorzutragen. Der Vortrag derselben gehört vielmehr in die Lehre vom Untersuchungsverfahren über-

haupt und vom Beweise insbesondre. Dagegen soll hier die Lehre von der formellen Vertheidigung den Gegenstand weiterer Besprechung bilden. Man versteht unter ihr diejenige Vertheidigung, welche von einer dritten unbetheiligten Person für den Angeklagten geführt wird. Das Requisit, daß dieser Dritte ein Rechtsverständiger sei, ist nicht richtig, wenngleich es in der Regel aufgestellt wird. Es kann die Vertheidigung auch von den Verwandten des Angeklagten, wie solches die meisten Gesetzgebungen gestatten, übernommen werden, sofern solche nicht eine sogenannte nothwendige ist.

Die Entscheidungen der Defensionen in Haupt- und Nebendefensionen sowie in vorläufige und Hauptdefensionen, in feierliche und minderfeierliche haben keinen Werth. Von Wichtigkeit ist dagegen die Eintheilung in nothwendige und nicht-nothwendige Vertheidigung. Es liegt in dieser Eintheilung das Anerkenntniß, daß die Aufstellung eines besonderen Vertheidigers kein absolutes Erforderniß in der Untersuchung sei, obschon von manchen Seiten eine solche Behauptung aufgestellt wird. Weit entfernt, die Consequenz, welche in der letzteren liegt, zu bestreiten, sind wir doch der Meinung, daß diese Aufstellung an sich niemals eine Nothwendigkeit sei und zwar deshalb, weil wir in der formellen Vertheidigung nur ein Mittel zur Verwirklichung der materiellen Vertheidigung erblicken und daher die erstere dann für kein absolutes Erforderniß erachten, wo für die letztere in anderer ausreichender Weise gesorgt ist. Wenn dessenungeachtet die Gesetzgebungen bei besonders schweren Verbrechen oder vielmehr in den Fällen, in denen besonders schwere Strafen in Frage kommen, die formelle Vertheidigung für eine nothwendige, d. h. für eine solche, auf welche von dem Angeschuldigten nicht verzichtet werden darf und für welche, da nöthig, von Amtswegen zu sorgen ist, erklärt haben, so liegt hierin nur ein Zugeständniß zu Gunsten des Angeklagten, hervorgerufen durch die Schwere der in Frage gestellten Strafe. Hiermit zusammen fällt zugleich bei Geschworenengerichten die obige Erwägung, welche bei der Zusammensetzung dieser Gerichte dem Angeklagten einen besonderen Schutz gegen den Einfluß des Staatsanwaltes zu gewähren beabsichtigt. Die Gesetzgebungen haben auch den Kreis der nothwendigen Vertheidigung auf die zur Competenz der Jury gehörigen Fälle und diejenigen Gesetzgebungen, welche das Institut der Jury nicht kennen, auf die besonders schweren Verbrechen beschränkt. Diese Eintheilung verdankt ihre Entstehung dem Gerichtsbrauche, welcher sich hierbei besonders auf die Vorschrift des Art. 47 der C. C. C. stützte, obschon die Carolina selbst eine nothwendige Vertheidigung nicht kannte[9]). Wie schon die gemeinrechtliche Praxis über die hierher zu zählenden Fälle schwankte, so wird diese Grenzlinie auch stets eine schwankende

---

9) Vgl. noch Mittermaier, die Vertheidigung S. 49 und die daselbst angef. Rechtslehrer.

und willkürliche bleiben. Jedenfalls aber steht es mit dem Grundgedanken der nothwendigen Vertheidigung im grellen Widerspruche, wenn man hierbei einzelne, besonders schwere Verbrechen aus politischen Gründen, wie dies früher in einzelnen Gesetzgebungen der Fall gewesen oder wenn man die nothwendige Vertheidigung auch in den ihr zugewiesenen Fällen bei dem Geständnisse und dem Verzichte des Angeklagten ausschließen will. Der Verzicht ist rechtlich bedeutungslos und das Geständniß, selbst abgesehen davon, daß es eben nur ein Beweismittel ist und nicht stets vollen Glauben verdient, wird nur selten alle für die Urtheilsfällung, insbesondre für die Strafabmessung wichtigen Umstände erschöpfen. Es liegt zugleich in derartigen Ausnahmebestimmungen nicht selten der Ausdruck eines Widerwillens gegen die Vertheidigung, welcher nachtheilig auf das Vertrauen zu der Unparteilichkeit des Gesetzgebers zurückwirkt und die gerechte Würdigung der Stellung und Aufgabe des Vertheidigers vermissen läßt. Man möge sich zur Rechtfertigung solcher Bestimmungen nicht auf einzelne oder mehrfache Erfahrungen berufen, welche die Vertheidigung verschuldet habe. Einzelne derartige Vorgänge beweisen nichts in der Hauptsache und sind schließlich nicht auffällig, wenn man sie als die nothwendige Consequenz derartiger Mißtrauensvota betrachtet. Das Mißtrauen erzeugt den Mißbrauch und die Beschränkung die Neigung ihr entgegenzuarbeiten. Das Vertrauen wird wieder Vertrauen erwecken und der Mißbrauch an der unbefangenen und offenen Stellung, welche der Gesetzgeber bei Erlassung seiner Vorschriften eingenommen, zu Schanden werden.

In den Fällen, in welchen das Gesetz die Vertheidigung für eine nothwendige erklärt hat, ist die Verletzung dieser Vorschrift eine Nichtigkeit des Verfahrens. Es ist schwer zu begreifen, wie man in neuerer Zeit an diesem Satze hat zweifeln können[10]). Die gegentheilige Ansicht enthält einen Widerspruch in sich selbst. Ebensowenig kann zugegeben werden, daß das Gericht seiner diesfallsigen Verpflichtung Genüge geleistet habe, wenn von ihm ein Vertheidiger bestellt worden, und daß es daher nicht behindert sei, zur Verhandlung und Aburtheilung der Sache zu schreiten, auch wenn der Vertheidiger außengeblieben sei. Die absichtliche oder culpose Vernachlässigung seiner Pflicht macht den Vertheidiger straffällig und für den Fall der Vertagung ersatzpflichtig, aber sie kann ebensowenig den Angeklagten eines ihm in dem Gesetze eingeräumten Rechtes berauben, als dieser auf dasselbe verzichten

---

10) Vgl. z. B. kgl. preuß. Gesetz v. 3. Mai 1852 Art. 22: „Die Giltigkeit der Hauptverhandlung ist in keinem Falle dadurch bedingt, daß die Vertheidigung des Angeklagten durch den gewählten oder zugeordneten Vertheidiger wirklich geführt werde, wenn nur in dieser Beziehung von Gerichtswegen den gesetzlichen Vorschriften genügt worden ist. — Erachtet das Gericht die Vertagung der Hauptverhandlung infolge einer dem Vertheidiger zur Last fallenden Verschuldung für nothwendig, so kann demselben auch der Ersatz der durch die Erneuerung des Verfahrens erwachsenen Kosten im Disciplinarwege auferlegt werden."

kann. Das Recht des Angeklagten ist zugleich eine Verpflichtung für das Gericht, von welcher weder der Angeklagte, noch weniger der Vertheidiger das Gericht entbinden kann. Die formelle Vertheidigung ist hier ein wesentlicher Bestandtheil eines rechtsgiltigen Verfahrens. Die Einwendung [11]), daß es dieser Ansicht nach dem Defensor möglich sei, durch sein Außenbleiben die Vertagung der Verhandlung herbeizuführen und somit die Aburtheilung zu verschleppen, beweist nichts, weil, abgesehen davon, daß der Gesetzgeber eine Pflichtverletzung des Defensors nicht voraussetzen kann, durch Strafen und Auferlegung der Kosten der neuen Verhandlung ein sehr sicheres Correctiv geboten sein würde [12]).

Eine hiermit in Verbindung stehende und verschieden beantwortete Frage ist, von welchem Zeitpunkte an beginnt die nothwendige Vertheidigung? — Es haben mehrere neuere Gesetzgebungen bezüglich des mündlichen Verfahrens bestimmt, daß die Zuziehung des Vertheidigers in den Fällen der nothwendigen Vertheidigung mit der rechtskräftigen Verweisung des Angeschuldigten zur Hauptverhandlung eintreten solle. Andere Gesetzgebungen haben diesen Zeitpunkt bereits auf den Beschluß wegen der Verweisung gesetzt, um dem Angeklagten die Möglichkeit zu gewähren, noch vor rechtskräftiger Verweisung mit dem Defensor zur Abwendung derselben sich berathen zu können. Diese Ansicht empfiehlt sich als die richtigere. Selbst da, wo dem Angeklagten ein förmliches Rechtsmittel gegen den Verweisungsbeschluß nicht eingeräumt ist, wird der Vertheidiger durch Eingaben an die Anklagekammer zu Gunsten des Angeklagten thätig sein können. Ebenso wird die Abwendung der Hauptverhandlung gewiß von den meisten Angeklagten als ein Gewinn angesehen werden und es ist eine durch die Erfahrung widerlegte Behauptung, daß es dem Angeklagten lieber sein müsse, in der Hauptverhandlung procedirt und sodann freigesprochen zu werden, als seine Entlassung nur der Einstellung der Untersuchung zu danken. Im allgemeinen ist hier zu bemerken, daß die Nachlassung eines Rechtsmittels gegen das Anklageerkenntniß für den Angeklagten insoweit, als die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens angefochten oder die rechtliche Straflosigkeit der Handlung behauptet wird, sich rechtfertigt, indem hierdurch eine möglicherweise unnütze Hauptverhandlung vermieden und manche späterhin doch vorgebrachte Einwendung im voraus beseitigt wird.

---

11) Dieselbe wurde in der kgl. preuß. Kammer bei Berathung des Gesetzes von 1852 erhoben. (Materialien &c. S. 82 flg.)

12) Die kgl. sächs. StPO. verordnet in Art. 320: „Bleibt der Vertheidiger in den Fällen, wo wegen der Schwere des Verbrechens die Vertheidigung eine nothwendige ist, außen, ohne daß er einen Stellvertreter gestellt hat oder sonst noch für die Vertheidigung des Angeklagten genügend gesorgt werden kann, so ist die Vertheidigung zu vertagen." In anderen Fällen ist nach Art. 320, Abs. 2 die Vertagung in das Ermessen des Gerichtes gestellt. Das Gesetz verfügt hierüber eine Geldbuße bis zu 150 Thlr. und den Ersatz der Kosten des Verfahrens wider den Vertheidiger.

Bis zu welchem Stadium des Processes ist die (nothwendige) Vertheidigung nothwendig? — Der Regel nach wird die Thätigkeit des Vertheidigers mit dem Zeitpunkte, wo das Erkenntniß gefällt worden ist, sich endigen. Die Anfechtung des Erkenntnisses durch ein Rechtsmittel ist eine Sache der Willkür, nicht der Nothwendigkeit. Auszunehmen sind die Fälle, in denen auf Todesstrafe erkannt worden und das Gesetz hier die amtliche Vorlegung des Erkenntnisses an das Obergericht vorschreibt. Es wird hier die Prüfung des Erkenntnisses durch das höhere Gericht als eine Nothwendigkeit, unabhängig von der Willkür des Verurtheilten, betrachtet und, wenn man hierbei erwägt, daß diese Prüfung sich insbesondre auf die formelle Rechtsbeständigkeit des Verfahrens und die materielle Rechtsbeständigkeit erstrecken soll, die Zuziehung eines rechtsverständigen Beistandes für den Angeklagten gerechtfertigt. Dagegen kann außer diesen Fällen die Nothwendigkeit der Vertheidigung in zweiter Instanz nur insoweit in Frage kommen, als bei einem eingewendeten Rechtsmittel daselbst eine anderweite Beweisaufnahme stattfindet. Es ist nicht zu verkennen, daß hier ein Theil derselben Gründe für die Nothwendigkeit sich anführen läßt, welche für dieselbe in erster Instanz geltend gemacht werden. Allein dessenungeachtet hat keine Gesetzgebung eine derartige Bestimmung bezüglich der zweiten Instanz getroffen, ja selbst für die Fälle nicht, in denen auf Grund des Rechtsmittels des Gegners eine reformatio in peius gegen den Angeklagten zulässig ist[13]).

Der **nothwendigen** Vertheidigung steht die **zulässige** Vertheidigung gegenüber. Sie hängt von der Willkür des Angeschuldigten ab und ist ein Vorrecht desselben, von dem er Gebrauch machen kann, sobald und solange er will. Insofern kann daher auch der nothwendigen Vertheidigung eine zulässige vorausgehen, als der Angeklagte zu einem früheren Zeitpunkte eines Vertheidigers sich bedient, als das Gesetz es vorschreibt. Die zulässige Vertheidigung erstreckt sich auf alle Criminalfälle und auf alle Stadien der Untersuchung. Beschränkungen in ersterer Beziehung werden in einzelnen Landesgesetzen aufgestellt, verdienen aber in der That keine Nachahmung. Die Befürchtungen wegen Mißbrauches müssen auf andere Weise beseitigt werden, als durch Aufhebung des Rechtes selbst.

Wir wenden uns nun zu der Frage: **Wer kann Vertheidiger sein?** **Im allgemeinen** kann die Frage nur dahin beantwortet werden: ein Rechtsverständiger. In der Regel betrachtet man das Recht der Vertheidigung als ein Vorrecht der Advocatur. Auch scheint sich anzuempfehlen, daß da, wo Seiten des Gerichtes ein Vertheidiger bestellt wird, er aus dem Stande der Advocaten gewählt werde.

---

13) Wir sehen natürlich hier von den Geschworenengerichten und denjenigen Gesetzgebungen, welche die Nothwendigkeit der Vertheidigung auf die Schwurgerichtsfälle beschränken, ab.

Es ist nicht zu billigen, daß das Gericht aus der Mitte seiner Accessisten oder jüngeren Beamten den Vertheidiger bestellen kann, wie dies z. B. in Preußen geschieht. Der Vertheidiger soll dem Gerichte gegenüber eine Stellung einnehmen, welche ihn als einen vollberechtigten Functionär bei der Strafrechtspflege erscheinen läßt und durch welche er, völlig unabhängig und selbstständig in seinen Anträgen und Ausführungen, berechtigt wird, von dem Gerichte Anerkennung derselben zu beanspruchen. Eine solche Stellung wird derjenige, welcher vor seinen Vorgesetzten als Vertheidiger auftreten soll, fast niemals einnehmen können und das Gericht wird nur selten ihm dieselbe Beachtung schenken, welche es dem von ihm unabhängigen Sachwalter unbedenklich gewährt und zu gewähren verpflichtet ist. Es liegt klar vor, daß ein solcher junger Mann, dessen amtliche Stellung von der Meinung seiner Vorgesetzten bedingt und beeinflußt ist, denselben nicht Vorstellungen über Mängel und Gebrechen des Verfahrens machen und deren Abstellung verlangen wird. Man hat diese Vertheidigungen als Proben oder Uebungen für die jüngeren Beamten betrachtet. Dazu ist aber die Sache zu wichtig und bedeutungsvoll und jeder Angeklagte kann erwarten, daß man seine Angelegenheit nicht zum Gegenstande eines Experimentes mache. Es ist hierbei gleichgiltig, ob man nothwendige oder nur zulässige Vertheidigungen zu derartigen Uebungen benutzt. Sie haben in foro keinen Werth und sind daher auch bei zulässigen Vertheidigungen zu mißbilligen. —

Außer den Advocaten werden in manchen Gesetzgebungen auch andere Rechtsgelehrte zugelassen. Insbesondre gilt dies von den Doctoren und den Docenten der Rechte. Allein wir würden dies immer nur als eine Ausnahme gestatten und sie auf die Fälle der zulässigen Vertheidigung beschränken, daneben jedoch zugestehen, daß in besonderen Fällen, z. B. bei naher Verwandtschaft des Rechtsgelehrten mit dem Angeklagten, neben dem Advocaten auch der (verwandte) Rechtsgelehrte die Sache des Angeklagten führe. In den Fällen der nothwendigen Vertheidigung würden wir die Beiziehung eines besonderen Vertheidigers auch dann für nöthig halten, wenn der Angeklagte ein Rechtsverständiger ist und seine Vertheidigung selbst führen wollte Denn es ist dem Angeklagten nicht die nöthige Unbefangenheit zuzutrauen, als daß die Erfüllung der Tendenz, welche von dem Gesetze bei der Vorschrift der nothwendigen Vertheidigung verfolgt worden, zu erwarten wäre.

Nicht Rechtsverständige sind als Vertheidiger der Regel nach und auch in nichtnothwendigen Vertheidigungen nicht zuzulassen. Allerdings bedarf es hier eines Vertheidigers überhaupt nicht. Allein daraus folgt noch nicht, daß das Gericht sich gefallen lassen müßte, mit jedem Dritten als einem Vertreter oder Beistande des Angeklagten zu verhandeln und zu verkehren. Die Würde des Gerichtes und die Bedeutung der gerichtlichen Procedur würde sehr bald beeinträchtigt werden, wenn der Sitz des Defensors von jedem, welchen der Angeklagte damit

beauftragt, eingenommen werden könnte. Jenes verderbliche und gefährliche Geschlecht der Stöckeladvocaten und Winkelagenten würde bald einen neuen Wirkungskreis gefunden haben und, unter Ausbeutung der Dummheit und Leichtgläubigkeit, die gerichtlichen Verhandlungen in dem unangenehmsten Maße erschweren. Wir würden dagegen ausnahmsweise in Fällen der nichtnothwendigen Vertheidigung männliche Verwandte des Angeklagten, insoweit die Persönlichkeit und der Ruf derselben dem Gerichte kein Bedenken einflößen, als Vertreter und Sprecher für den Angeklagten zulassen. Ueberhaupt kann man dem Angeklagten, wenn er noch unmündig ist und das erstemal vor Gericht steht, die Befugniß nicht versagen, von einem seiner männlichen Verwandten sich begleiten zu lassen und seines Beistandes in der Sitzung sich zu erfreuen. Es ist diese Befugniß nur die Anerkennung eines menschlichen und daher beachtenswerthen Gefühles.

Wer bestellt den Vertheidiger? Zunächst gebührt dieses Recht dem Angeklagten selbst und zwar auch im Falle der nothwendigen Vertheidigung. Ist gleich hier die Vertheidigung durch das Gesetz vorgeschrieben, so schließt dies noch nicht die Wahl durch den Angeschuldigten aus. Unterläßt er die selbsteigene Wahl, so geht die Pflicht zur Wahl bei der nothwendigen Vertheidigung auf das Gericht über. Es wird auch in diesem Falle nicht unangemessen sein, etwaige Einwendungen des Angeklagten gegen den ihm beigegebenen Vertheidiger zu beachten sowie bei späterer eigener Wahl des Angeschuldigten, dafern sie nicht zum Verschleife der Sache erfolgt[14]) oder andere besonders wichtige Bedenken ihr entgegenstehen, die frühere gerichtliche Wahl für erledigt zu betrachten[15]). Man muß hierbei immer festhalten, daß der Zweck der nothwendigen Vertheidigung nicht erreicht wird, wenn der Angeklagte dem Vertheidiger kein Vertrauen schenkt und insbesondre in der Weigerung des Gerichtes, seine Anträge zu beachten, eine Beschränkung seiner Vertheidigung argwohnt. Uebrigens wird eine Frist zu bestimmen sein, bis zu welcher der Angeklagte den (nothwendigen) Vertheidiger wählt und nach deren Verfluß die Wahl von dem Gerichte vorzunehmen ist, damit nicht der Zeitpunkt, von wo an die Vertheidigung als nothwendige vom Gesetze vorgeschrieben ist, durch das Zaudern des Angeklagten versäumt werde[16]). Bei der zulässigen Vertheidigung kann der Angeklagte, welcher die Wahl aus Unbekanntschaft rc. nicht selbst vornimmt, die Bestellung eines Vertheidigers bei dem Gerichte beantragen. Dieses hat sich derselben zu unterziehen, ohne daß jedoch hier-

14) Vgl. hierüber insbes. v. Groß, in den Blättern f. Rechtspfl. in Thüringen 1854 S. 214 flg.

15) Anerkannt z. B. im Code Napol. d'Instr. Cr. art. 294. und in der kgl. sächs. StPO. Art. 39, Abs. 1. Vgl. noch Goltdammer, Archiv für preuß. Strafrecht Bd. III, S. 391.

16) Berücksichtigt in der kgl. sächs. StPO. Art. 38, Abs. 4. Schwarze, Commentar Bd. I, S. 92 flg.

durch der Vertheidiger in die Function eines nothwendigen Vertheidigers eintritt, wie auch selbstverständlich der Angeklagte an diese Wahl des Gerichtes nicht gebunden ist und sie jeder Zeit widerrufen kann, sei es, daß er auf jede weitere Vertheidigung Verzicht leistet oder mit ihr einen anderen Vertheidiger beauftragen will. — Bei unmündigen Personen wird die Bestellung des Vertheidigers den nächsten Verwandten desselben zu überlassen sein, wenngleich bei solchen Personen, welche der Mündigkeit sich nähern, die selbsteigene Wahl zu gestatten ist, da ihnen bereits so viele Ueberlegung, als hierzu erforderlich ist, wohl zugetraut werden kann. — Wir bemerken hierbei noch, daß es nicht zweckmäßig ist, wenn das Gericht bei der Wahl des Vertheidigers an eine bestimmte Reihenfolge unter den Advocaten gebunden ist. Es können bei einzelnen Untersuchungen verschiedene Rücksichten, insbesondre auch in Bezug auf den Gegenstand derselben, wenn er z. B. technische Kenntnisse des Vertheidigers von dem Bauwesen ꝛc. nöthig oder doch wünschenswerth macht, obwalten, welche für die Freiheit der Wahl anzuführen sind. Die Wahl selbst verliert auch durch eine derartige Beschränkung viel von ihrem Werthe für den Gewählten und hiermit an der Veranlassung, der Wahl, wie man zu sagen pflegt, Ehre zu machen.

Wer ist die Vertheidigung zu übernehmen verpflichtet? Im allgemeinen wird man die Verpflichtung zur Uebernahme bei den Advocaten anerkennen, weil diese auch als die eigentlich Berechtigten zur Uebernahme anzusehen sind und in ihrer Function die Vertheidigung der Angeklagten begriffsmäßig mitenthalten ist. Ebendeshalb hat man, wenngleich unzweckmäßig, in manchen Ländern eine bestimmte Ordnung aufgestellt, in welcher die Advocaten die Vertheidigung zu übernehmen verpflichtet sind. Die Frage kommt häufig in praxi auf die Vorfrage zurück: ist der Angeklagte im Stande, den Vertheidiger zu bezahlen und tritt, verneinenden Falles, für ihn die Staatskasse ein? Der Advocat ist auf seine Arbeit als seinen Lebensunterhalt (der Regel nach) verwiesen und es kann daher die gedachte Vorfrage ihm nicht gerade übel gedeutet werden, da es leicht kommen könnte, daß ein angesehener Advocat dergestalt durch Defensionen in Anspruch genommen würde, daß er seine übrigen Arbeiten vernachlässigen und dadurch sein Auskommen gefährden müßte. Wir sind daher der Meinung, daß in den Fällen, in denen weder der Angeklagte solvent, noch die Staatskasse zur Uebertragung der Defensionalien verpflichtet ist, die unbedingte Verpflichtung des Gewählten zur Annahme der Wahl nicht statuirt werden kann, vielmehr dem Richter ein billiges Ermessen bei der ihm zustehenden Entschließung über die Ablehnung wohl zu gestatten und insbesondre der obgedachte Einwand mit zu berücksichtigen ist. In diesem Maße hat auch in neuester Zeit das kgl. preuß. Justizministerium die Gerichte beschieden[17]). In Fällen

17) Rescript v. 5. Mai 1851 (Justizministerialblatt S. 215).

solcher Art wird schließlich ein von Amtswegen zu honorirender Vertheidiger, gleichsam ein Armenadvocat, dem Angeklagten beizuordnen sein, wenn das Gesetz die Vertheidigung für eine nothwendige erklärt. In anderen Ländern ist diesem Uebelstande dadurch begegnet, daß man bei nothwendiger Vertheidigung dem Vertheidiger die Gebühren und sonstigen Kosten aus der Staatskasse gewährt und letztere ihren Regreß an den Angeklagten nimmt. In diesem Maße ist insbesondre das Verhältniß im K. Sachsen geordnet und daher der Angeschuldigte — im Falle der nothwendigen Vertheidigung — sicher, frei nach seinem Vertrauen den Vertheidiger sich wählen zu können, ohne eine ablehnende Antwort befürchten zu müssen.

Ausgeschlossen von dem Rechte, eine Vertheidigung zu übernehmen, sind diejenigen, welche in der Untersuchung als Zeugen oder Sachverständige befragt oder als solche zu einer mündlichen Verhandlung vorgeladen worden sind. Ebenso kann der Verletzte, selbst wenn er als Zeuge nicht befragt wird, die Vertheidigung nicht übernehmen. Es würde schon der Würde und der Aufgabe der Vertheidigung nicht wohl entsprechen, den Verletzten zu dem Amte des Vertheidigers zuzulassen.

Auch andere Fälle lassen sich denken, wo, wenigstens bei einer nothwendigen Vertheidigung, die Zulassung bedenklich sein würde, z. B., wenn der Advocat ein Verwandter oder naher Freund des Verletzten ist. Unvereinbar mit der Uebernahme einer Vertheidigung ist auch in derselben Untersuchung die Function des Untersuchungsrichters und des Staatsanwaltes selbst dann, wenn diese Beamten ihre Functionen niedergelegt haben, aus dem Staatsdienste geschieden und zur Advocatur übergegangen sind [18]. Die Beziehung, in welcher sie zur Untersuchung gestanden haben, erlischt nicht völlig mit dem Aufhören der Function und sie bleiben insbesondre bezüglich ihrer Functionirung nach wie vor verantwortlich. Es kommt vor, daß in der Hauptverhandlung von dem Untersuchungsrichter oder Staatsanwalte Auskunft über frühere Vorgänge in der Untersuchung verlangt wird, sowie daß aus den Voracten Protocolle und Auslassungen dieser Beamten verlesen werden. Die Stellung dieser Beamten überhaupt ist eine solche, welche sie unfähig macht, in derselben Untersuchung späterhin als Vertheidiger aufzutreten.

Kann der Vertheidiger die Vertheidigung ablehnen, auch wenn er erklärt, daß er keine Gründe der Vertheidigung aufzufinden vermöge? Es ist kaum anzunehmen, daß ein Fall vorkäme, in welchem nicht wenigstens in Bezug auf die

18) Von der entgegengesetzten Ansicht bezüglich des (früheren) Staatsanwaltes ist das Obertribunal in Berlin (Goltdammer, Archiv Bd. IV, S. 219) ausgegangen. Bezüglich des (früheren) Untersuchungsrichters vergl. Lamfromm, Gerichtssaal 1854 Bd. II, S. 475 flg.

Abmessung der Strafe einige zu Gunsten des Angeklagten anführbare Umstände geltend gemacht werden könnten. Wie schon hiernach die Frage an praktischer Bedeutung verliert, so kann sie im mündlichen Verfahren, genau genommen, nicht gestellt werden, da hier die Vertheidigung nicht nach dem Schlusse der Untersuchung, sondern bereits während derselben eintritt und sie mithin nicht im voraus wissen und aburtheilen kann, ob nicht während der mündlichen Verhandlung Thatsachen ermittelt werden, welche zu Gunsten des Angeklagten sprechen oder auch scheinbar den Anklagebeweis verstärken, jedenfalls aber dem Vertheidiger Gelegenheit zur Vertretung der Interessen des Angeklagten geben. Eine kgl. bayer. Novelle v. 26. Juli 1812 bestimmt, daß der Vertheidiger unter dem Vorwande, daß er nichts zu vertheidigen finde, der Vertheidigung sich nicht entziehen könne. Es ist überhaupt bedenklich, jener im Publicum weitverbreiteten Ansicht Raum zu geben, daß schwere Verbrecher, bei dem vollen Beweise ihrer Thäterschaft, einer Vertheidigung nicht werth seien. Die menschliche, aus dem gerechten Abscheu vor dem Verbrechen und dessen Urheber entsprungene Entrüstung darf nicht die Richter und Vertheidiger dazu verleiten, den Verbrecher als einen Verurtheilten zu behandeln. Gerade diese Entrüstung macht es nothwendig, daß der Angeklagte nicht vertheidigungslos gelassen werde.

Aeltere Gesetzgebungen verlangten zur Sicherstellung gegen Mißbrauch der Rechte des Vertheidigers die feierliche Beeidigung des Vertheidigers[19]). Dieselbe erledigt sich von selbst in den Fällen, in denen Advocaten, welche bereits den allgemeinen Pflichteid geleistet haben, als Vertheidiger bestellt werden. Sie erscheint aber überhaupt nicht passend, da man demjenigen, welchem man eine Vertheidigung überträgt oder welchen man als Vertheidiger zuläßt, hierdurch bereits das Vertrauen schenkt, daß er nichts gegen Ehre und Recht vornehmen werde. Dergleichen Sicherungsmittel haben überhaupt in Verhältnissen und Beziehungen der hier fraglichen Art keinen besonderen praktischen Werth. Endlich ist es auch noch niemals verlangt worden, daß der rechtsunkundige Verwandte des Angeklagten, welcher als solcher die Function des Vertheidigers übernimmt, eidlich verpflichtet werde, obschon man, wenn man einmal derartige Rücksichten als maßgebende ansieht, gerade bei dem Verwandten, in Hinblick auf die Verwandtschaft, eine kein Mittel scheuende Begünstigung des Angeklagten argwöhnen könnte. Oder sieht man lediglich in der Gestattung der Acteneinsicht und der Unterredung mit dem Angeklagten insofern eine Gefahr, als der Vertheidiger jene wie diese zu unbefugten Mittheilungen und Instructionen an den Angeklagten oder zu ungesetzlichen Einwirkungen auf den Beweis mißbrauchen könnte? Man kann hier nur darauf verweisen, daß die Furcht vor derartigen Mißbräuchen nicht zu derartigen Maßregeln

---

19) Vgl. Mittermaier, Vertheidigung ꝛc. S. 66 flg.

greifen darf und geeignet ist, Mißbräuche der Befugnisse zu veranlassen.

Mehrere in dieselbe Untersuchung verwickelte Personen können, wenn ihre Vertheidigungsmomente nicht in Widerspruch treten, durch einen gemeinschaftlichen Vertheidiger vertheidigt werden. Die StPO. Würtemberg's bestimmt noch in Art. 254: „Sucht aber der eine Theilnehmer aus der Beschuldigung des anderen eine Entschuldigung für sich abzuleiten, so muß für jeden ein besonderer Vertheidiger auftreten[20]." Es versteht sich von selbst, daß diese Collision auch dann, wenn sie erst während des Processes hervortritt, zu berücksichtigen sein wird, da mit dem Eintritte derselben die Voraussetzung, unter welcher die gemeinsame Vertheidigung als zulässig erschien, von selbst sich erledigt. Ebendeshalb ist in Fällen der nothwendigen Vertheidigung die gemeinschaftliche Vertheidigung mehrerer Angeklagten durch denselben Vertheidiger immer aus Rücksicht auf mögliche Eventualitäten in der Hauptverhandlung bedenklich. Eine Ungiltigkeit des Vertheidigungswerkes aus diesem Grunde würde jedoch auf die Zeit vor dem Eintritte solcher Collision nicht zu erstrecken sein.

Kann sich ein Angeklagter mehrerer Vertheidiger bedienen? Auch diese Frage ist insoweit zu bejahen, als bei der Zuziehung mehrerer Vertheidiger nicht ein Verschleif der Sache zu befürchten ist. Die allgemeine Bejahung der Frage rechtfertigt sich durch sich selbst und es hat z. B. die kgl. sächs. StPO. in dieser Beziehung die Staatsanwaltschaft und die Vertheidigung gleichgestellt, dadurch aber auch den höheren Gesichtspunkt, von welchem sie die Anklage wie die Vertheidigung betrachtet, ohne specielle Rücksicht auf die Vertreter dieser Functionen zu nehmen, anerkannt. Hierüber hat jedoch dieses Gesetz noch[21]) verordnet, daß, wenn mehrere staatsanwaltschaftliche Beamte oder wenn mehrere Vertheidiger für einen Angeklagten auftreten, hierdurch die Zahl der nachgelassenen Schlußvorträge nicht erhöht werden darf[22]).

In den Fällen, in denen die Beurtheilung und Entscheidung des Gerichtes hauptsächlich von Fragen bedingt ist, zu deren Beantwortung besondere Fachkenntnisse gehören, wird es für die Vertheidung von gewichtiger Bedeutung sein, sich des Beirathes eines Sachverständigen bei der Hauptverhandlung bedienen zu können. Die Zuziehung eines Sachverständigen durch das Gericht kann möglicherweise dieses Interesse der Vertheidigung nicht vollständig befriedigen. Die Erfahrung hat gelehrt, daß gerade bei derartigen Begut-

---

20) Vgl. auch Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 83. Bd. III, S. 123 flg.

21) Art. 41, Abs. 1 in Verb. mit Art. 26, Abs. 5.

22) Auch das römische Recht ließ zu, daß mehrere Patroni für den Angeklagten auftreten konnten, enthielt aber zugleich die Vorschrift, daß der für die Vertheidigungsreden bestimmte und nach einer Wasseruhr (clepsydra) controlirte Zeitraum deshalb, weil mehrere patroni auftraten, nicht ausgedehnt werden solle.

achtungen leicht eine gewisse Einseitigkeit und Voreingenommenheit sich geltend macht, welche um so gefährlicher ist, als sie, wenngleich erkannt und gefühlt, doch durch andere Mittel, als durch die Begutachtung anderer Sachverständiger, nicht leicht unschädlich gemacht werden kann. Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, daß solche von der Vertheidigung aufgerufene Sachverständige sich wohl verleiten lassen, dem Sachverständigen des Gerichtes, um ihm den Nimbus der Unfehlbarkeit zu rauben oder auch aus vielleicht unbewußtem Neide wider ihn wegen seiner bevorzugten Stellung, in einer unangemessenen Weise entgegenzutreten. Es kommen hierbei allerdings unerquickliche Disputationen der sich feindlich gegenüberstehenden Sachverständigen vor, welche eben nicht die Würde der Verhandlung erhöhen und welche das Gericht in Verlegenheit setzen können, selbst abgesehen davon, daß zur Beseitigung derselben oft noch ein superarbiter aufgerufen werden möchte. Dessenungeachtet scheint es bedenklich, des möglichen Mißbrauches und solcher möglichen Incovenienzen wegen, der Vertheidigung die nur gedachte wichtige Befugniß nicht einräumen zu wollen. Das Gericht wird den richtigen Tact zu finden wissen, mit welchem es derartige Disputationen überwacht und insbesondre Kritiken Seiten des Sachverständigen der Vertheidigung nicht zulassen, welche das Ansehen des Sachverständigen des Gerichtes nutzlos gefährden[23]). Der Vertheidiger benennt den Sachverständigen, wie einen Zeugen, behufs der Vorladung desselben zur Hauptverhandlung. Ein Antrag des Vertheidigers auf Beiziehung eines anderweiten Sachverständigen, dessen Wahl jedoch dem Gerichte überlassen worden, kann als verbindlich für das Gericht nicht angesehen werden[24]). Die kgl. sächs. StPO. verordnet in Art. 41, Abs. 2, 3: „der Angeschuldigte kann auch neben dem Vertheidiger und zur Unterstützung desselben einen Sachverständigen und bei verschiedenartigen Gegenständen der Begutachtung für jeden derselben einen besonderen Sachverständigen zuziehen, dafern das Gericht nicht hierin einen Verschleif der Sache findet. Die Kosten einer solchen Zuziehung trägt der Angeklagte. Es kann jedoch das Gericht, wenn das Gutachten des oder der von dem Angeklagten zugezogenen Sachverständigen vorzugsweise zur Freisprechung desselben beigetragen hat, ihn von dieser Verpflichtung wieder entbinden und wegen Uebertragung der Kosten nach den allgemeinen Grundsätzen, gleich als ob das Gericht den oder die Sachverständigen zugezogen hatte, entscheiden."

Wie weit erstreckt sich der in der gerichtlichen Bestellung oder in der Wahl des Angeklagten liegende Auftrag? Im allgemeinen sind die Grenzen und der Umfang des

23) Vgl. noch Mittermaier, im Archive Goltdammer's f. preuß. Strafrecht Bd. I, S. 127 und die das. angez. Schriftsteller in Verb. mit Mittermaier, im Gerichtssaale Jahrg. III, Bd. I, S. 194 flg.

24) Vgl. Sitzungsberichte der bayer. Schwurgerichte Bd. I, S. 228.

Auftrages durch den Zweck der Vertheidigung bestimmt. Es fragt sich insbesondre aber, ob der Vertheidiger auch ohne besonderen Auftrag seines Clienten für ihn Rechtsmittel einzuwenden befugt sei? Soviel scheint jedenfalls gewiß zu sein, daß er ein Rechtsmittel nicht wider den ausdrücklichen Willen seines Clienten einwenden, bezüglich fortstellen kann[25]). Die Anfechtung einer gerichtlichen Entscheidung durch ein Rechtsmittel ist stets Sache der Willkür und die Giltigkeit und der Werth der ersteren nicht durch eine Bestätigung des Oberrichters bedingt. Die Rechtsmittel sind und können nur Rechtswohlthaten für den betreffenden Theil sein und die Einwendung derselben ist daher keine Nothwendigkeit. Steht aber dem Vertheidiger ein „vermutheter Auftrag" zur Seite, wenn er für den Angeklagten ohne dessen ausdrückliche Zustimmung ein Rechtsmittel einwendet? In der Regel hat man den Vertheidiger für eo ipso legitimirt zur Einwendung angesehen[26]), wogegen die bayer. Spruchpraxis mehr zu der Ansicht sich hinneigt, daß es einer speciellen Beauftragung, bez. Genehmigung Seiten des Angeklagten für den Vertheidiger bedürfe[27]). Man hat hierbei sich auf die Möglichkeit (wenigstens bei Nichtigkeitsbeschwerden) berufen, daß der Angeklagte infolge einer erfolgreichen Nichtigkeitsbeschwerde leicht in eine schlimmere Lage kommen könne, als er vorher gewesen, indem aus der zweiten Verhandlung oder Urtheilsfällung eine strengere Strafe resultiren könne, als die in dem angefochtenen Erkenntnisse ausgesprochene[28]). Allein wir glauben, daß der in der Bestellung des Vertheidigers ihm ertheilte allgemeine Auftrag, alles dasjenige, was er zur Wahrnehmung der Rechte und Interessen seines Clienten, nach pflichtmäßigem Ermessen, für nöthig oder unnütz hält, zu besorgen und vorzunehmen, auch die Einwendung der Rechtsmittel umschließt. Wenn der Vertheidiger hierbei über den möglichen Ausgang sich irrt, so wird der meistens rechtsunkundige, jedenfalls aber nicht unbefangene Angeklagte noch viel eher sich irren können. Es scheint hiernächst nicht

25) Vgl. auch Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 541. Man hat die Befugniß des Verzichtes selbst einem minderjährigen, jedoch über 16 Jahre alten Angeklagten (ohne daß es der Zustimmung des Vaters ꝛc. bedarf) eingeräumt. Goltdammer ebendas.

26) Bopp, Gerichtssaal III, Bd. I, S. 178 flg. Vgl. noch die Citate bei Schwarze, Commentar Bd. I, S. 94, Anm. **.

27) Sitzungsberichte ꝛc. Bd. V, S. 414 u. Anm. Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Gesetzg. in Bayern Bd. I, S. 178 flg.

28) Walther, die Lehre von den Rechtsmitteln Bd. II, S. 92 flg. Diesem Argumente würde auch durch den Vorschlag Walther's nicht begegnet werden, daß ein Beschuldigter schon bei dem Beginne der Untersuchung seinen Vertheidiger zur eventuellen Einlegung aller gesetzlichen Rechtsmittel bevollmächtige. Eine solche Bevollmächtigung, welche ohnedem sehr bald zur leeren Formalität herabsinken und von jedem Angeklagten, unbewußt ihrer Bedeutung, ausgesprochen werden würde, kann die für nöthig befundene Erwägung im einzelnen Falle, ob ein Rechtsmittel einzuwenden sei, nicht ersetzen.

passend, die Beantwortung der Frage, ob ein Rechtsmittel einzuwenden sei, gerade deshalb, weil sie Schwierigkeiten enthalten kann, dem Angeklagten zuzuschieben und bei Nachtheilen, welche ihn in dessen Folge treffen, sich mit dem Satze volenti non fit iniuria zu trösten. Auch kommen während der Untersuchung genug andere nicht minder wichtige und in ihren Erfolgen möglicherweise nachtheilige Handlungen vor, welche der Vertheidiger für den Angeklagten vornimmt, ohne daß man an der vollen Ermächtigung des Vertheidigers zu ihrer Vornahme gezweifelt hat, z. B. Anträge auf Vorladung von Zeugen, deren Aussagen von zweifelhaftem Erfolge für den Entlastungsbeweis sein und möglicherweise den Anschuldigungsbeweis unterstützen können. Eine andere Frage kann sein, ob man den Vertheidiger für legitimirt zur Anwendung solcher Rechtsmittel ansehen will, welche nicht während der Untersuchung, sondern erst gegen das Enderkenntniß eingewendet werden sollen. Man kann sagen, daß mit dem letzteren der Zeitpunkt eingetreten, bis zu welchem der in der Vertheidigung liegende Auftrag ohne besondere Erklärung des Angeschuldigten zu erstrecken sei. Allein die Praxis hat, soviel uns bekannt, eine solche Beschränkung des Auftrages nicht angenommen und die Legitimation des Vertheidigers zur Einwendung von Rechtsmitteln auch auf die Zeit nach dem Enderkenntnisse erstreckt. Die kgl. sächs. StPO. Art. 39, Abs. 3, 4 verordnet ganz allgemein: „Der bestellte Vertheidiger bedarf zur Vornahme einzelner Handlungen und Stellung einzelner Anträge, insbesondre zur Einwendung von Rechtsmitteln und zu Gesuchen um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keines besonderen Auftrages. Wird von ihm die Wiederaufnahme einer Untersuchung beantragt, so ist der Antrag zuvörderst dem von ihm Vertretenen selbst zur Erklärung vorzulegen."

Welche Befugnisse sind dem Vertheidiger in der Voruntersuchung einzuräumen? Wir haben schon oben darauf aufmerksam gemacht, daß es nicht genügend sei, wenn dem Vertheidiger erst von der Zeit an, wo der Angeklagte rechtskräftig zur Hauptverhandlung verwiesen worden ist, vergönnt wird, seine Thätigkeit zu entfalten. Es wird von jedem Praktiker bestätigt werden [29]), daß die Zulassung desselben bereits während der Voruntersuchung nicht nur im wesentlichen Interesse des Angeklagten, sondern unter gewissen Beschränkungen auch selbst im Interesse der Gerechtigkeit liegt. Ohnedem soll ja dem Angeschuldigten die Möglichkeit gewährt werden, bereits in der Voruntersuchung alles dasjenige, was er zur Entkräftung des Verdachtes vorzubringen im Stande ist, geltend zu machen und überhaupt seine Vertheidigung gegen jede ihm nachtheilige gerichtliche Handlung, insbesondre auch seine Verweisung zur Hauptverhandlung, zu führen. Zu

---

29) Vgl. hier insbes. Levita, im Gerichtsf. Jahrg. II, Bd. I, S. 158 flg. Mittermaier, ebendas. S. 477 flg. Stemann, ebendas. Jahrg. V, Bd. I, S. 214 flg. Hänle, ebendas. Jahrg. VI, Bd. II. S. 41 flg.

diesem Zwecke sollen ihm die Verdachtsgründe noch vor Schluß der Voruntersuchung eröffnet und er über dieselben vernommen werden.

Es ist überdies ein Mißverhältniß zwischen dem verhafteten und dem nicht in Haft befindlichen Angeklagten vorhanden, welches schwerlich auszugleichen ist. Indem der nichtverhaftete Angeklagte die vollste Freiheit der Besprechung mit seinem Vertheidiger genießt, ist der verhaftete Angeklagte in diesem Rechte, wenn man es ihm überhaupt gestattet, sehr beschränkt. Die Verhaftung wird nun zwar aus der Furcht vor Collusion angelegt. Allein dies ist nicht der einzige Grund, aus dem die Haft angelegt werden kann und, davon abgesehen, kann von einer Collusion zwischen Angeklagtem und dem Vertheidiger nicht wohl die Rede sein, wenn man nicht gleich anfänglich wieder dem Vertheidiger eine Pflichtverletzung zutraut. Wollte man davon ausgehen, so müßte man consequenterweise jeden Angeschuldigten verhaften, um ihm die Möglichkeit einer solchen Besprechung zu entziehen. Man sehe nur davon ab, mit Mißtrauen den Vertheidiger zu behandeln, und er wird das Vertrauen mit der vollsten Erfüllung seiner Pflicht erwidern. Verletzungen derselben strafe man streng und zeige zugleich hierdurch, wie großen Werth man auf die Vertheidigung im Interesse der Gerechtigkeit lege.

Man berücksichtigt insbesondre bei der Frage, ob dem Vertheidiger die Acteneinsicht während der Voruntersuchung zu gestatten sei, zu wenig, daß dieselbe nur dazu bestimmt ist, die Materialien für die Hauptverhandlung zu sammeln, daß letztere die eigentliche Untersuchung, auf Grund deren das Urtheil gesprochen wird, bildet und daß die Vorbereitung auf dieselbe von der Art sein muß, daß der Anklage wie der Vertheidigung die volle Möglichkeit gegeben ist, ihre Interessen bezüglich der künftigen Beweisaufnahme wahrzunehmen.

Wir verkennen auf der anderen Seite nicht, daß bisweilen ein zu zeitiges Offenbaren des Planes und der Richtung der angestellten Erörterungen nachtheilig auf das Ergebniß der letzteren einwirken kann, ohne daß etwa eine Pflichtverletzung des Vertheidigers dabei unterläuft. Ebenso kann es, aus Gründen der Untersuchungspolitik, nach Befinden zweckmäßig sein, wenn dem verhafteten Angeschuldigten die Unterredung mit dem Vertheidiger nur im Beisein einer Gerichtsperson gestattet wird. Aus diesen Gründen glauben wir, daß es sich empfehle, dem Angeklagten zu gestatten, bereits während der Voruntersuchung sich des Beirathes eines Vertheidigers zu bedienen, daß das Gesetz die Entschließung darüber, ob dem Letzteren schon während der Voruntersuchung die Acteneinsicht zu gestatten sei, in jedem einzelnen Falle dem Gerichte anheimstelle [30]) und daß es dem verhafteten Angeklagten

---

30) Gegen die Gestattung der Acteneinsicht während der Voruntersuchung hat sich in neuester Zeit vorzugsweise Arnold, im Crim. Archiv 1856 S. 155 flg. ausgesprochen. Gegen diesen Aufsatz ist eine Abhandlung Reichmann's im

die Unterredung mit dem Vertheidiger im Beisein einer Gerichtsperson gestatte. Von diesen Grundsätzen ist die kgl. sächs. Gesetzgebung stets ausgegangen und hat sie auch in der Strafproceßordnung v. J. 1856 adoptirt, ohne daß die hierbei gemachten Erfahrungen ein Abgehen von ihnen anrathen könnten. Es ist auch von den Gegnern, soviel uns bekannt, auf nachtheilige Erfahrungen, welche man in dieser Richtung in anderen Ländern gemacht habe, nicht Bezug genommen worden[31]).

Die dem Staatsanwalte mehrseitig eingeräumte Befugniß, den Vernehmungen des Angeklagten und der Zeugen in der Voruntersuchung beiwohnen zu dürfen, halten wir aus bekannten, in der Erfahrung bestätigten Gründen bedenklich. Jedenfalls liegt aber in ihr zugleich eine Beeinträchtigung der Vertheidigung. Abgesehen von dieser Befugniß, wird dem Staatsanwalte allgemein die Befugniß eingeräumt, den auf die Herstellung des Thatbestandes gerichteten Localerörterungen 2c. des Untersuchungsrichters beiwohnen und hierbei Anträge bezüglich der Richtung derselben stellen zu dürfen. Es liegt klar vor, daß derartige Erörterungen von dem entscheidendsten Einflusse auf die Hauptsache und den Ausgang der Untersuchung sein müssen. Dessenungeachtet gestattet man dem Vertheidiger nicht, solchen Erörterungen beizuwohnen. Diese Erörterungen lassen sich mit den übrigen Acten der Voruntersuchung nicht vergleichen und es läßt sich daraus, daß dem Vertheidiger nicht gestattet ist, ihnen beizuwohnen, noch kein Schluß auf jene ziehen. Denn diese Erörterungen können zumeist nicht, wie eine Zeugenvernehmung, wiederholt werden, wohl aber werden die aufgenommenen Thatbestandsprotocolle einfach in der Hauptverhandlung vorgelesen und als vollbeweisende Urkunden angenommen. Hierin liegt daher allerdings eine genügende Veranlassung, zu verlangen, daß auch der Vertheidigung gestattet werde, derartigen Erörterungen beizuwohnen und bezügliche Anträge zu stellen.

Noch weniger sollte darüber ein Streit herrschen, daß dem Vertheidiger gestattet werde, von dem Antrage des Staatsanwaltes auf Fortstellung der Untersuchung vor der Entscheidung des Gerichtes über denselben Kenntniß zu nehmen[32]). Es liegt in der Verweigerung dieser Befugniß in der That auch eine Verkennung der Bedeutung der erwähnten Entscheidung. Ist schon die Verweisung an sich mit mannigfachen Nachtheilen für den Angeschuldigten verbunden, z. B. die Suspension von der Ausübung der Ehrenrechte, des Amtes sowie, nach Befinden, eine empfindliche Gefährdung des Credits bei seinen Geschäftsfreunden und dem gesammten

---

Gerichtssaale Jahrg. 1856, Bd. II, S. 241 flg. gerichtet. Arnold will jedoch die Acteneinsicht nach dem Verweisungserkenntnisse, insbesondre zur Rechtfertigung eines Rechtsmittels gestatten.

31) Vgl. übrigens noch Reichmann a. a. O.

32) Vgl. auch Hänle a. a. O. S. 43.

Publicum, so kann auch das vorherige Gehör des Angeschuldigten zu mancher Erleichterung in der Entscheidung, z. B. durch Beseitigung von Verdachtsgründen oder mindestens zu einer vollständigeren Prüfung der Sachlage dienen. Auch werden durch ein derartiges Gehör manche Anträge und Einwendungen, welche später noch bei der Hauptverhandlung laut werden und den Gang derselben, wohl auch die Entscheidung verzögern würden, beseitigt werden können. Dieses Gehör soll in der Erlaubniß bestehen, eine Denkschrift einzureichen und zwar durch einen Vertheidiger, welchem die Einsicht des Antrages und der Acten gestattet wird. Nach französischem Rechte[33]) ist bekanntlich dem Angeklagten die Einreichung einer Denkschrift gestattet; allein ohne Zuziehung eines Vertheidigers. Es liegt klar vor, daß diese Erlaubniß keinen rechten Werth hat, da das Gesetz das Mittel, mit welchem sie in Wahrheit einen Werth für den Angeklagten haben würde, — nämlich die Zuziehung eines Vertheidigers mit dem Rechte der Acteneinsicht — versagt. Wie kann der Angeschuldigte, wenn er den ungebildeten Ständen gehört, sich gegen den Inhalt von Acten vertheidigen? Wie soll er oder auch der Vertheidiger es thun, wenn ihm die Acten verschlossen bleiben?[34]) Es hat z. B. das kgl. bayer. Justizministerium noch unter dem 19. Juni 1855[35]) die Fertigung einer Denkschrift durch einen beigegebenen Vertheidiger und die Gestattung der Acteneinsicht zu diesem Behufe für unzulässig und dahin sich erklärt, daß die Abfassung einer Denkschrift durch einen Bevollmächtigten zwar zulässig, das Material zur Abfassung derselben aber auf das eigene „Wissen des Beschuldigten beschränkt sei". Dagegen hat z. B. die klg. sächs. StPO. Art. 231 verordnet, daß der Antrag des Staatsanwaltes auf Fortstellung durch den Untersuchungsrichter dem Angeschuldigten mit der Eröffnung mitgetheilt werde, daß es ihm freistehe, binnen einer zugleich festzusetzenden kurzen Frist dasjenige, was er behufs der Vervollständigung der Untersuchung noch zu beantragen oder zu seiner Rechtfertigung vorstellig zu machen habe, anzuzeigen. Der Vertheidiger kann zu diesem Behufe die Einsicht der Acten verlangen, welche ihm nicht leicht verweigert wird[36]). — Eine Ausnahme kann in den Fällen der sog. unmittelbaren Vorladung allerdings sich empfehlen, da hier alles darauf ankommt, daß die Hauptverhandlung rasch der Vorladung folge, auch diese selbst nicht verschleift werde. Es versteht sich aber andererseits von selbst, daß die unmittelbare Vorladung nur in den Fällen erlassen wird, in denen die Verhandlung keine Schwierigkeiten, weder in factischer, noch in juristischer Beziehung darbietet, so daß eine Beeinträchtigung der Rechte der Vertheidigung nicht

---

33) Vgl. Mittermaier, im Gerichtssaale a. a. O.
34) Vgl. übrigens noch Levita u. Hänle a. a. O.
35) Vgl. Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern Bd. II, S. 138 flg.
36) Vgl. noch über andere Gesetzgebungen Mittermaier a. a. O.

zu befürchten ist. Auch in dieser Beziehung können wir uns auf die Erfahrungen in Sachsen berufen und bestätigen, daß diese Auffassung, welche der dasigen Gesetzgebung unterliegt, in praxi sich bewährt hat. Die sächs. StPO. verfügt ferner, daß der Angeschuldigte auch von dem Einstellungsantrage des Staatsanwaltes sowie von etwaigen nachträglichen Aenderungen des Antrages in Kenntniß gesetzt werde.

Ein Verbot, dem Vertheidiger die Acten ad aedes mitzutheilen[37]), ist ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Es wird häufig eine solche Mittheilung mit Rücksicht auf das Stadium, in welchem sich zur Zeit des Antrages die Untersuchung befindet und auf die hierdurch bedingte Nothwendigkeit, die Acten jederzeit im Gerichte zur Hand haben zu können, bedenklich fallen. Allein auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, daß eine gründliche Vorbereitung auf die Sache Seiten der Vertheidigung, wie der Anklage und des Richters ein längeres Studium der Acten erfordert und daß dieses in dem Maße nicht so im Gerichtszimmer wie in der Arbeitsstube des Betreffenden bewerkstelligt werden kann. Es dürfte sich auch hier die Bestimmung der kgl. sächs. StPO. in Art. 42 empfehlen, welche die Entschließung über Anträge auf Actenmittheilungen, ohne weitere Beschränkung, dem richterlichen Ermessen in jedem einzelnen Falle zuweist.

Die meisten Gesetzgebungen verordnen, daß dem Angeklagten eine Abschrift des Verweisungserkenntnisses und der Anklageschrift behändigt werde, sowie daß dem Vertheidiger auf dessen Antrag eine unentgeltliche Abschrift von dem Gutachten der Sachverständigen sowie von den auf die Herstellung des Thatbestandes bezüglichen Actenstücken gegeben werde und daß der Vertheidiger auf seine Kosten von denjenigen Actenstücken, die er zur Vertheidigung seines Clienten für dienlich erachtet, Abschriften zu nehmen oder nehmen zu lassen befugt sei[38]). Eine Beschränkung in letzterer Beziehung ist nicht zu rechtfertigen. Wie dem Vertheidiger, welchem die Acteneinsicht gestattet ist, nicht verwehrt werden kann, das, was er gelesen, seinem Gedächtnisse vollständig einzuprägen, so kann eine solche Beschränkung auch in Hinblick auf den Zweck der Beiordnung des Vertheidigers nicht gebilligt werden. Es liegt in ihr eine Verkümmerung der vom Vertheidiger zu bewirkenden Vorbereitung auf die Hauptverhandlung und eine an sich unzulässige, den Verdacht der Parteilichkeit erweckende Beeinträchtigung des Vertheidigungsbeweises.

Die Aufstellung der Beweismittelliste gehört zu den Rechten und Pflichten der Staatsanwaltschaft. Dieselbe soll hierbei nicht blos den Anklage-, sondern auch den Entlastungsbeweis im Auge

37) Vgl. z. B. Code d'instr. crim. art. 302. Kgl. preuß. Verordnung v. 3. Jan. 1849 §. 17.

38) Vgl. z. B. kgl. bayer. Gesetz Art. 124 u. kgl. würtemb. Gesetz Art. 104 in Verb. mit Art. 305 des Code.

haben[39]). Nach französischem Rechte bleibt es dem Angeklagten unbenommen, an die Staatsanwaltschaft mit dem Ersuchen sich zu wenden, noch andere von ihm anzugebende Zeugen auf die Liste zu setzen. Es ist bekannt, daß die französische Procuratur in der Regel derartige Wünsche berücksichtigt, um nicht den Verdacht der Parteilichkeit sich zuzuziehen. Dessenungeachtet ist es immer ein mißlicher Ausweg, den Angeklagten mit seinen Anträgen an den guten Willen des Staatsanwaltes zu verweisen. Die teutschen Gesetzgebungen haben daher dem Angeklagten die Befugniß eingeräumt, mit Anträgen auf Vervollständigung der Beweismittelliste an das Gericht sich zu wenden, welches über die Anträge entscheidet und beziehendlich die Vorladung &c. anordnet. Die kgl. sächs. StPO. bestimmt hierüber nach Art. 260, daß, wenn der Vorsitzende die Vorladung noch anderer Zeugen &c. für die Hauptverhandlung, namentlich in Rücksicht auf die Vertheidigung des Angeklagten, als welche vom Staatsanwalte angegeben worden, für angemessen erachtet, er solche von Amtswegen in das Verzeichniß mit aufzunehmen habe.

Die teutschen Gesetzgebungen verordnen hierbei in der Regel, daß der Angeklagte bei derartigen Anträgen ganz bestimmte Thatsachen, zu deren Beweise er die Zeugen benenne, angebe[40]). Eine derartige Vorschrift ist nicht ganz unbedenklich. Allerdings empfiehlt sie sich dadurch, daß auf diese Weise dem Gerichte die Möglichkeit einer auf die Anträge näher eingehenden Prüfung gewährt wird. Allein andererseits wird der Vertheidiger häufig dieser Vorschrift nur durch eine vorherige, ziemlich genaue Befragung der ihm von dem Angeklagten angegebenen Zeugen genügen können. Woher soll er sonst die ganz bestimmten Thatsachen und die Gewißheit, daß der Zeuge über sie Auskunft geben werde, kennen lernen? — Dies führt uns zu der Frage, wieweit ist es dem Vertheidiger gestattet, derartige Erkundigungen unmittelbar bei den Zeugen einzuziehen? Die Zeugen werden bei ihrer Abhörung befragt, ob sie mit Jemandem über ihr Zeugniß gesprochen und von Jemandem über ihr Zeugniß unterrichtet worden? Allein es würde über den Zweck dieser Befragung hinausgehen, wenn man zu derartigen unerlaubten Einwirkungen auf den Zeugen es auch rechnen wollte, wenn der Vertheidiger bei dem Zeugen sich nach dem Grade und Umfange oder dem Grunde seiner Wissenschaft erkundigt und hiernach seine Anträge eingerichtet hätte. Eine derartige Erkundigung ist noch keine Einwirkung auf die Aussage des Zeugen und kann häufig dazu dienen, durch Nachforschungen Beweise zur Ueberführung des Zeugen von seinem Irrthume oder auch seiner Unredlichkeit zu liefern. Allerdings muß diese Erkun-

39) Es ist dies dem Staatsanwalte z. B. in §. 141 des hannöv. StPG. ausdrücklich anempfohlen worden.

40) Vgl. z. B. §. 52 der kgl. preuß. Verordnung von 1849 in Verb. mit Art. 26 des Zusatzgesetzes von 1852.

digung in den Grenzen einer solchen stehen bleiben und alle Vorstellungen und Ermahnungen, seien sie auch in der besten Absicht erfolgt, selbst bei offenbaren Irrthümern des Zeugen, sind unzulässig [41]).

Wird die Vorladung des Zeugen abgelehnt, so kann der Angeklagte ihn noch auf seine Kosten in der Sitzung gestellen. Diese Gestellung ist allerdings deshalb mißlich, weil der Angeklagte keine Zwangsmittel zu derselben hat. In einigen Gesetzgebungen wird die Vorladung vom Gerichte verfügt, wenn der Angeklagte die Kosten derselben erlegt oder den Verzicht der Zeugen auf ihre gesetzliche Entschädigung beibringt. Bezüglich des Letzteren sind in der bayer. Spruchpraxis Zweifel entstanden. Jedenfalls wird der Verzicht in glaubhafter Weise noch vor der Vorladung beizubringen und die bloße Versicherung des Angeklagten hierzu nicht ausreichend sein. Dabei ist jedoch noch zu gedenken, daß auch bei Erfüllung aller dieser Bedingungen dem Angeklagten insoweit nicht ein unbeschränktes Recht auf Vorladung der angegebenen Zeugen zuzugestehen ist, als mit der letzteren eine ungerechtfertigte Verzögerung der Hauptverhandlung verbunden sein würde. Die sächs. StPO. verordnet Art. 261, Abs. 3: „Wird dem Antrage nicht entsprochen, so kann der Angeklagte noch die Vorladung verlangen, wenn er die Kosten derselben und die Kosten für die Entschädigung der Zeugen und Sachverständigen erlegt oder, soviel letztere anlangt, den Verzicht der Zeugen und Sachverständigen auf dieselbe sofort beibringt. Es wird jedoch in beiden Fällen vorausgesetzt, daß die Vorladung dieser Personen nicht mit einer ungerechtfertigten Verzögerung der Hauptverhandlung verbunden ist." Die Praxis in Sachsen ist bei Beurtheilung derartiger Anträge bisher sehr mild gewesen und hat nur ausnahmsweise dieselben abgewiesen [42]).

Die Zufertigung der Zeugenliste an den Angeklagten soll nach franz. Rechte 24 Stunden vor der Abhör des Zeugen erfolgen [43]). Diese Bestimmung erfüllt ihren Zweck nicht vollkommen, wenn man an die Fälle einer mehrtägigen Verhandlung, bei welcher einzelne Zeugen erst am zweiten, dritten rc. Tage derselben zur Abhörung gelangen, denkt und jene Frist nach dem Tage der Abhörung berechnet. Die Mittheilung soll der Vertheidigung die Mittel gewähren, nach dem Leumunde der benannten Zeugen sich zu erkundigen und den Vertheidigungsbeweis vorzubereiten. Bei solcher Frist und deren Berechnung wird dieser Zweck vereitelt. Dies tritt insbesondre noch grell bei verhafteten Angeklagten vor, wo die ganze Last jener Erkundigung und Vorbereitung auf den seither mit der Sache überhaupt und der Persön-

---

41) Dies ist noch in der jüngsten Zeit vom Obertribunal zu Berlin ausgesprochen worden. Vgl. hierüber Demme, Schwurgerichtszeitung, 1857, S. 225 flg.

42) Vgl. über diese Frage noch Hänle a. a. O. S. 48 flg.

43) Vgl. hierüber Mittermaier, im Gerichtssaale Jahrg. II, Bd. I, S. 494 flg.

lichkeit der Zeugen insbesondre nicht vertrauten Vertheidiger gewälzt wird. —

Hiermit steht zugleich die Zustellung der Geschwornenliste in Verbindung. Sie soll nach dem Code dem Angeklagten am Tage vor der Verhandlung zugestellt werden. Die meisten teutschen Gesetze haben eine längere Frist eingeräumt[44]). Es ist bekannt, daß darüber eine Controverse stattfindet, ob eine frühere Zustellung die Nichtigkeit des Verfahrens nach sich ziehe. In mehreren Gesetzgebungen ist die Frage durch die Beifügung des Wortes „spätestens" erledigt worden. Die gedachte Frage steht mit der Furcht in Verbindung, daß bei längerer Frist die Vertheidigung auf einzelne Geschworene zu Gunsten des Angeklagten einzuwirken bemüht sein werde. Allein die Möglichkeit eines solchen pflichtwidrigen Benehmens reicht nicht hin, derartige Beschränkungen zu rechtfertigen. Es paßt auch jene Befürchtung nur auf den verhafteten Angeklagten, — nicht auch auf den nichtverhafteten Angeklagten, nicht auf die Freunde und Verwandte desselben, nicht auf den Vertheidiger. Denn alle diese Personen können, ebenso wie jeder andere Mensch im Publikum, mit leichter Mühe die Namen der Geschworenen, alsbald nach Aufstellung der Dienstliste, erfahren und daher, wenn man einmal eine derartige Voraussetzung annehmen will, ihre Versuche, auf die Geschworenen einzuwirken, bei Zeiten beginnen. Berücksichtigt man endlich die dem Staatsanwalte durch seine amtliche Stellung gegebene Möglichkeit, die genauesten Erkundigungen über die einzelnen Geschworenen einzuziehen, so ist es nicht zu billigen, daß man die Thätigkeit der Vertheidigung in der fraglichen Richtung noch erschwert und beschränkt. Ja, das Obertribunal zu Berlin hat selbst in der verspäteten Zustellung der Liste keine Nichtigkeit gefunden und aus einigen Bestimmungen des preußischen Gesetzes den Schluß gezogen, daß die Vorschrift wegen der Zustellung als eine wesentliche nicht anzusehen sei[45]).

Was nun die Hauptverhandlung selbst anlangt, so ist zunächst zu wünschen, daß der dem Vertheidiger in dem Sitzungssaale angewiesene Platz die Lösung der dem Vertheidiger gestellten Aufgabe nicht erschwere[46]). Wir verstehen hierunter einen Platz, auf welchem der Vertheidiger Gelegenheit hat, mit dem Angeklagten, da nöthig, sich zu vernehmen und mit leichter Mühe zu den Richtern sprechen kann, auch den Staatsanwalt völlig — wie man zu sagen pflegt — im Gesichte hat. Das Recht der Einvernehmung des Angeklagten mit dem Vertheidiger betrachten wir als ein wichtiges. Es soll nicht soweit führen, daß der Angeklagte hierbei wie der Client

---

44) Mittermaier a. a. O. S. 496 flg. Vgl. noch oben in diesem Rechtslexikon Bd. X, S. 73.

45) Vgl. Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. II, S. 799.

46) Vgl. noch Barth, in der allg. Schwurgerichtsztg., 1857, S. 187 flg.

im Civilprocesse von dem Anwalte Beistand und Rath erhalte oder daß die Verhandlung selbst hierdurch unterbrochen werde. Allein bei wichtigeren Vorkommnissen, bei denen das Gesetz selbst das vorherige Gehör des Angeklagten erfordert und ihm die freie Entschließung überläßt, kann der Beirath des Vertheidigers eine ebenso nützliche als statthafte Vorbereitung derselben sein. Ebenso wird der Vertheidiger bei Aussagen neuer Zeugen oder neuer Aussagen bereits früher abgehörter Zeugen in mehrfacher Beziehung Auskunft von seinem Clienten erfordern können. Es ist solche Vernehmung eben auch nur eine dem Angeklagten gestattete Unterredung mit dem Vertheidiger, welcher jedoch mit Rücksicht auf den Gang und den Zweck der Hauptverhandlung gewisse Grenzen zu stecken sind. Die kgl. sächs. StPO. verfügt in Art. 295: „Der Angeklagte kann sich während der Verhandlung mit seinem Vertheidiger vernehmen, jedoch darf die Fortstellung des Verfahrens, namentlich die einmal begonnene Vernehmung des Angeklagten dadurch nicht unterbrochen oder gestört werden. Eine Vernehmung mit dem Vertheidiger wegen Beantwortung einer dem Angeklagten vorgelegten Frage und eine Belehrung des Letzteren hierüber von Seiten des Vertheidigers ist unzulässig."

Die Bestimmung des Code français über die dem Vertheidiger bei Beginn der Sitzung zu ertheilende Vermahnung, nichts gegen seine Ueberzeugung und gegen die Gesetze zu sprechen und sich mit Anstand und Mäßigung auszudrücken, ist in die meisten teutschen Gesetze nicht übergegangen, — und mit Recht. Wie die Ertheilung solcher Verwarnung zumeist für den Vorsitzenden selbst ein unangenehmes Geschäft ist und daher in rascher, fast unverständlicher Weise wie eine unbequeme Formalität abgethan wird, so enthält sie auch eine Herabwürdigung der Vertheidigung, welche überdies, durch den in ihr ausgesprochenen Verdacht der Geneigtheit des Vertheidigers zu Unredlichkeiten, nachtheilig auf die Geschworenen einwirken kann. Die dem Vertheidiger an sich obliegende Verpflichtung reicht vollkommen hin und die strenge Ahndung einer Verletzung derselben wird diejenigen, welche zu einer solchen Verletzung geneigt sind, für die Zukunft eindringlich warnen. Es ist jedoch dabei dem Gerichte anzurathen, von seiner Strafbefugniß nur mäßig und nur in besonders dringlichen Fällen Gebrauch zu machen. Das Gericht hat zu berücksichtigen, daß es die Interessen des Angeklagten sind, welche der Vertheidiger vertritt und daher ihm schon eher eine Ueberschreitung der an sich gesteckten Grenzen nachzusehen ist und daß derartige Zurechtweisungen des Vertheidigers leicht den Verdacht der Parteilichkeit und Voreingenommenheit gegen das Gericht erwecken. In der Regel werden sie einen unangenehmen Eindruck auf den Angeklagten machen, welcher, zumal wenn er den ungebildeten Ständen angehört, leicht gerade auf solche excessive Aeußerungen des Vertheidigers Werth legt und auf sie große Hoffnungen setzt. Soviel insbesondre die Unterbrechungen des Verthei-

digers bei seinen Schlußvorträgen anlangt, so sind dieselben mehrmals dann, wenn der Vertheidiger über die Strafe zu den Geschworenen gesprochen hat, vorgekommen und gerechtfertigt[47]). Auch hier wird jedoch der einzelne Fall entscheiden. Unterbrechungen wegen Weitschweifigkeit des Vertheidigers werden stets bedenklich sein[48]). Es läßt sich häufig nicht im voraus übersehen, ob nicht dergleichen Abschweifungen doch in ihrem Ausgange als erheblich für die Hauptsache sich darstellen und ob nicht das Vorgetragene einen bestimmenden Einfluß auf die Geschworenen, ja auch auf die Richter gehabt hat. In der Regel werden auch solche Unterbrechungen zu Gegenreden des Vertheidigers behufs seiner Rechtfertigung Veranlassung geben und dadurch das Unangenehme derartiger Unterbrechungen nur erhöhen.

Wir bemerken bei dieser Gelegenheit, daß dem Vorsitzenden wohl gegen den Vertheidiger der Ordnungsruf zusteht, — nicht aber gegen den Staatsanwalt. Denn es steht jener unter der Disciplinargewalt des Gerichtes, — nicht aber eine dem letzteren coordinirte Behörde, die Staatsanwaltschaft[49]).

Eine wesentliche Beschränkung des Rechtes der Vertheidigung liegt in der dem Staatsanwalte eingeräumten Befugniß, noch vor der Beweisaufnahme die Anklageacte in einem besonderen Vortrage zu erläutern und zu begründen, ohne daß der Vertheidigung das Recht, zur Widerlegung zu sprechen, gestattet ist. Die Einwirkung dieses Vortrages auf die Jury, welche unter dem Eindrucke desselben die Beweisaufnahme erwartet und an sich vorübergehen läßt, kann nur eine dem Angeklagten ungünstige und präjudicirliche sein. Es ist dankbar anzuerkennen, daß die meisten Gesetzgebungen Teutschlands dem Staatsanwalte diese Befugniß nicht einräumen und daß die Staatsanwälte da, wo sie ihnen eingeräumt ist, von ihr keinen Gebrauch machen[50]). Man sollte auch meinen, daß die Jury bereits durch die Vorlesung der Anklageacte ausreichend über den Stand der Sache unterrichtet sei und daß selbst diese Vorlesung schon zum Nachtheile des Angeklagten auf die Ansicht der Jury einwirken könne.

Wir wenden uns nun zu dem Recusationsrechte des Angeklagten bei der Bildung der Geschwornenbank. Es ist eine Verbesserung der französischen Einrichtung, daß in Teutschland der Staatsanwalt zuerst über Annahme oder Ablehnung eines Geschworenen sich erklären muß[51]). Dessenungeachtet mag nicht verkannt werden,

---

47) Vgl. noch Mittermaier, im Gerichtssaale Jahrg. III, Bd. I, S. 205 flg.

48) Vgl. noch Merkel, im Gerichtssaale Jahrg. I, Bd. II, S. 254 flg.

49) Fertig, Sammlung der Entscheidungen ꝛc. S. 67 in Verb. mit Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 799.

50) Vgl. noch Mittermaier, die Gesetzg. u. Rechtsübung über d. Strafverfahren ꝛc. S. 457.

51) Vgl. dieses Rechtsler. Bd. X, S. 76.

daß eine Ungleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Vertheidigung insofern noch stattfindet, als die Staatsbehörden bereits bei Aufstellung der Dienstliste thätig sind und daher die Interessen des Staates bereits vertreten gewesen. Allein in praxi hat sich hieraus ein Uebelstand nicht ergeben und es sind Klagen über eine nachlässige oder parteiische Aufstellung der Dienstlisten durch die Verwaltungsbehörden nicht laut geworden. Uebrigens kann nicht bezweifelt werden, daß die Ablehnung als ein Recht des Angeklagten selbst sich darstellt und daß mithin im Zweifel der Erklärung des Letzteren vor der des Vertheidigers der Vorzug einzuräumen ist.

Was nun die Hauptverhandlung selbst anlangt, so ist zuvörderst das Fragerecht des Vertheidigers zu berühren [52]. Die Gesetze räumen entweder beiden Theilen (der Staatsanwaltschaft und der Vertheidigung) oder nur der Staatsanwaltschaft oder keinem von Beiden ein directes Fragerecht ein [53]. Die Gesetze, welche das directe Fragerecht nur dem Staatsanwalte und nicht auch dem Vertheidiger einräumen, enthalten eine bedenkliche Beschränkung der Vertheidigung. Ist ferner die nöthige Gleichstellung auch von denjenigen Gesetzgebungen bewahrt worden, welche das directe Fragerecht beiden Theilen — dem Staatsanwalte und dem Angeklagten — versagen, so haben wir doch uns auch nach den Erfahrungen in Sachsen überzeugt, daß die Versagung des directen Fragerechtes bedenkliche Folgen hat [54]. Die Wiederholung der Frage durch den Präsidenten ist an sich schon eine mißliche Sache, da sie selten wortgetreu erfolgen wird, — der Zwischenraum, welcher zwischen der Fragstellung und der Wiederholung liegt, oft in Hinblick auf die Möglichkeit einer Vorbereitung der Antwort auf eine unerwartete und überraschende Frage, eine bedenkliche Unterstützung der Unwahrheit, — der Widerspruch des Präsidenten gegen eine Frage und die Gegenrede des Antragstellers eine unerquickliche und peinliche Discussion, welche überdies oft den Nachtheil mit sich bringt, daß der Antragsteller genöthigt wird, die Motive und die Tendenz der Frage zu entwickeln und somit dem Angeklagten, bez. dem Zeugen die Direction zu geben, wie sie, bei dem Willen, die Wahrheit zu hinterziehen, solches bewerkstelligen müssen [55]. Man gewähre daher beiden Theilen das directe Fragerecht und ermächtige den Präsidenten, Fragen, welche für den Zeugen rc. verletzend oder ihn zu verwirren geeignet sind,

---

52) Hänle a. a. O. S. 49 flg.

53) Mittermaier a. a. O. S. 460 flg., 469 flg.

54) Vgl. die allg. sächs. Gerichtsztg. 1857 S. 326, wo wir uns über die Nachtheile weiter ausgesprochen haben. Vgl. auch Hye, die österreich. StPO. S. 261.

55) Das kgl. sächs. Justizministerium hat in einer Verordnung die Gerichtsvorsitzenden angewiesen, die Fragen nur dann zu wiederholen, wenn der Angeklagte oder Zeuge die Frage nicht oder nicht vollständig gehört oder sie nicht verstanden hat, außerdem aber den Angeklagten rc. einfach zur Antwort auf die gehörte Frage aufzufordern.

für nicht gestellt zu erklären, somit dem Zeugen den nöthigen Schutz zu gewähren und Versuchen, die Wahrheit zu verdunkeln, entgegenzutreten [56]).

Wir bemerken noch, daß der in dem kgl. preuß. Gesetze v. 1852 §. 77 gemachte Versuch, das Kreuzverhör einzuführen, in der dasigen Praxis durchaus keine Unterstützung gefunden hat [57]), — sowie daß es nicht bezweifelt werden kann, daß der Vertheidiger auch an den Angeklagten Fragen zu stellen befugt ist [58]).

Bei der Beschränkung, welche wir uns bei gegenwärtigem Aufsatze bezüglich der Stellung des Vertheidigers auferlegt haben, können wir die Aufgabe des Vertheidigers während der Hauptverhandlung nicht weiter erörtern und verweisen auch hier auf eine andere, diesen Gegenstand näher berührende Arbeit [59]).

Die Stellung der Vertheidigung wird ferner durch die Befugniß berührt, auf Vertagung der Verhandlung anzutragen [60]). Ein solcher Antrag kann durch das Außenbleiben vorgeladener Zeugen und anderer Beweismittel [61]), theils durch das Hervortreten neuer und erheblicher Thatsachen, bezüglich deren die Beweismittel nicht sofort beschafft werden können, gerechtfertigt werden [62]). In einzelnen Gesetzgebungen ist das Recht, auf Vertagung anzutragen, in der ersteren Richtung insoweit beschränkt worden, als der Antrag während der Verhandlung nur dann, wenn der Vertagungsgrund erst im Laufe derselben und nicht schon bei dem Aufrufe der Zeugen rc. sich herausgestellt hat, berücksichtigt werden soll. In der letzteren Beziehung hat man das Recht des Gerichtes, auch über die Nova, ohne Verweisung der Sache zur Vorerörterung und ohne Vertagung, alsbald mit zu erkennen, sehr ausgedehnt. Diese Ausdehnung kann ebensowohl zum Nachtheile der Vertheidigung als zu dem der Anklage gereichen, — in letzterer Beziehung nämlich dann, wenn die erschwerenden Nova in der Hauptverhandlung nicht so gründlich erörtert werden können, daß ihr Beweis für gesichert gelten kann, was bei einer Verweisung in die Voruntersuchung zu erwarten gewesen, das Gericht aber über die Nova mit erkennt, sie für

---

56) Vgl. noch Würth, die österreich. StPO. S. 451 flg.

57) Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 508.

58) Vgl. noch Schwarze, Commentar rc. Bd. II, S. 84.

59) Vgl. „die Vertheidigung im mündl. Strafverfahren" in der sächs. Zeitschrift f. Rechtspfl. N. F. Bd. XV, S. 14 flg.

60) Vgl. Arnold, über die Vertagung rc., im Criminalarchive 1855 S. 162 flg.

61) Schwarze, Gerichtssaal 1854 Bd. I, S. 333 flg. Es kann auch vorgekommen sein, daß irrthümlich eine andere Person, als die gemeinte, vorgeladen worden und erschienen ist. Vgl. auch noch Ruppenthal, Materialien rc. S. 540, 558.

62) Ueber die Berücksichtigung der Nova Schwarze, Archiv des Criminalrechtes 1853 S. 37 flg. und Commentar Bd. II, S. 99 flg., woselbst auch die neuere Literatur angeführt ist. Mittermaier a. a. O. S. 500 flg.

nicht bewiesen erachtet und daher bezüglich ihrer eine Wiederaufnahme unmöglich wird.

Die Schlußvorträge anlangend, so liegt es in der Natur der Sache und im allgemeinen Einverständnisse, daß der Staatsanwalt mit dem Schlußvortrage beginnt und daß dem Vertheidiger jedenfalls das letzte Wort gebührt. Ueber die Einrichtung dieser Vorträge haben wir uns schon an einem anderen Orte verbreitet[63]. Es ist in der That schwer zu begreifen, wie man bei diesen Vorträgen dem Vertheidiger die Erörterung der Rechtsfrage hat untersagen wollen[64], zumal wenn man erwägt, daß die sog. Trennung der That- und der Rechtsfrage meistens unausführbar und die Jury in vielen Fällen thatsächlich auch zur Entscheidung über die Rechtsfrage mit berufen ist. Daß der Vertheidiger über die angedrohte Strafe zu den Geschworenen nicht sprechen und durch den Hinweis auf die Unverhältnißmäßigkeit derselben nicht auf das Verdict einwirken darf, ist eine ganz andere Bestimmung, welche mit unserer Frage nichts gemein hat. Bei der Verhandlung vor rechtsgelehrten Richtern kann noch weniger Zweifel darüber sein, daß der Vertheidiger auch über die Rechtsfrage sich verbreiten könne. Es muß ihm, dem Rechtsgelehrten, gestattet sein, zu rechtsgelehrten Richtern über die Rechtsfrage zu sprechen. Man hat in foro bisweilen in der Behandlung der Rechtsfrage durch den Vertheidiger eine der rechtskundigen Richter unwürdige und ungehörige, weil überflüssige Belehrung finden wollen. Allein mit Unrecht! Wie man zum Vertheidiger einen Rechtsgelehrten bestellt und hierdurch ihm die Vertretung der Interessen des Angeklagten gewiß auch in der hier fraglichen Richtung übertragen wollen, so würde man mit dem Argumente, daß die Erörterung der Rechtsfrage Seiten des Vertheidigers überflüssig sei, dahin gelangen, auch die Erörterung der Thatfrage, mithin die Vertheidigung überhaupt, für überflüssig zu erklären oder die Vertheidigung nur darauf, daß sie Nova anzeige und die gehörige Beobachtung der processualen Vorschriften im Interesse des Angeklagten controlire, zu beschränken. Denn die Beurtheilung der thatsächlichen Ergebnisse in ihrer Beziehung auf die Ueberführungsfrage ist ebenfalls eine Aufgabe, deren Lösung den Richtern übertragen ist.

Dem Vertheidiger steht ebenso wie dem Staatsanwalte die Befugniß zu, Einwendungen gegen die Fragstellung zu erheben und Anträge auf Zusatzfragen ꝛc. zu stellen[65]. Diese Befugniß ist selbstverständlich von der höchsten Wichtigkeit. Die Art der Ausübung hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab.

---

63) Sächs. Zeitschr. f. Rechtspflege N. F. a. a. O. S. 26 flg. Vgl. noch insbes. die treffliche Abhandl. Mittermaier's in dem Magazin für badisches Recht Bd. I, S. 234 flg.

64) Vgl. noch die (theilweise) entgegenstehende Ansicht des Code Franc. art. 342 und Mittermaier, Gesetzg. über Strafverf. S. 508.

65) Vgl. auch Hänle a. a. O. S. 52 flg.

Insbesondre kann die schärfere Hervorhebung einzelner Theile der Frage im besonderen Interesse der Vertheidigung liegen. Soviel die gesetzlichen Straferhöhungs- oder Strafherabsetzungsgründe anlangt, so ist es nicht zu billigen, wenn dem Assisenhofe das Recht eingeräumt wird, einen auf Aufnahme einer hierher bezüglichen Thatsache in die Fragstellung gerichteten Antrag des Vertheidigers abzulehnen [66]). Es ist vielmehr einem solchen Antrage, soweit nur die betreffende Thatsache überhaupt als ein Strafausschließungs- oder Strafherabsetzungsgrund anerkannt ist, jedenfalls stattzugeben. Wird eine Zusatzfrage beantragt, so kann, nach Befinden, zur Feststellung der sie betreffenden Thatsachen, sowohl für die Bejahung als für die Verneinung der Zusatzfrage, eine Wiederaufnahme des Beweises in Frage kommen.

Weiter ist zu gedenken, daß, da das Verfahren ein mündliches ist, der Regel nach, dem Vertheidiger nicht gestattet ist, bei seinem Schlußvortrage Urkunden vorzulesen, welche nicht bereits Gegenstand der Beweisaufnahme gewesen sind. Es ist bekannt, daß nach dem Code art. 341 den Geschworenen zu ihrer Berathung außer den Fragen auch die Anklageacte und die Thatbestandsprotocolle mitgegeben werden und somit in der That die Anklage sehr begünstigt ist. Die teutschen Gesetze gestatten in der Regel die Mitgabe der Anklageschrift nicht, da sie hierin mit Recht eine Verletzung des Grundsatzes der Mündlichkeit und der Vertheidigung finden [67]). Dagegen ist es in der teutschen Praxis dem Vertheidiger wie dem Staatsanwalte gestattet worden, Schriftstücke, welche außerhalb der Beweisaufnahme in der Verhandlung liegende Thatsachen und — man möchte sagen — objective, von der Aussage der Zeugen und des Angeklagten unabhängige Festsetzungen betreffen, bei der Verhandlung vorzubringen und den Geschworenen zu übergeben; z. B. bildliche Darstellungen, Situationspläne u. dgl., welche zur Erklärung und Erläuterung der Sachlage dienen [68]). Eine Uebergabe von Schriftstücken, welche sich auf andere Theile des Beweises beziehen, insbesondre dazu dienen sollen, das Gedächtniß der Geschworenen zu unterstützen, z. B. Zusammenstellungen der Zeugenaussagen ꝛc., ist jedenfalls unzulässig [69]). Es liegt hierin allenthalben nur die Anerkennung des Grundsatzes der Mündlichkeit. Ebendeshalb können Urkunden von dem Vertheidiger bei seinem Schlußvortrage nicht vorgelesen werden, welche nicht Gegenstand der Beweisaufnahme gewesen und durch die letztere gleichsam nicht verificirt worden sind. Wir dehnen dies auch auf Leumundszeugnisse und dergleichen Urkunden aus. Es wird der Vertheidigung ebensowenig wie der Anklage gestattet sein, auf derartige Urkunden erst in dem Schlußvortrage sich zu

---

66) Vgl. oben Bd. X, S. 91 flg.
67) Vgl. noch Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 397 flg.
68) Vgl. z. B. Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 531.
69) Vgl. z. B. Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 195.

berufen und dadurch dem Gegentheile die Möglichkeit eines Gegenbeweises zu entziehen. Aus gleichem Grunde ist es für unzulässig zu achten, wenn bei einer Verhandlung vor rechtsgelehrten Richtern die Verurtheilung auf Leumundszeugnisse ꝛc. mit gestützt würde, welche nicht Gegenstand der Beweisaufnahme und somit auch der Erklärung des Angeschuldigten gewesen sind.

Dem Vertheidiger steht die Befugniß zu, zu verlangen, daß seine Anträge und die darauf ertheilten Entscheidungen des Gerichtes sowie andere auf die Vertheidigung bezüglichen Vorgänge der Sitzung in dem Sitzungsprotocolle verlautbart werden. Es ist diese Verlautbarung die Unterlage für etwaige Rechtsmittel behufs der Anfechtung der Legalität der Verhandlung sowie für sonstige Wahrnehmungen der Rechte des Angeklagten. Die Legalität der Verhandlung ist nach dem aufgenommenen Protocolle zu beurtheilen und die Behauptung, daß eine Form verletzt worden sei, kann nur durch das Protocoll verificirt werden. In denjenigen Gesetzgebungen, welche die Vorlesung des Sitzungsprotocolles zur formellen Giltigkeit desselben nicht erfordern, wird daher der Vertheidiger befugt sein, die Vorlesung der betreffenden Stelle des Protocolles zu verlangen. Das vorgelesene und genehmigte Protocoll macht vollen Beweis. Andererseits kann es jedoch nicht als Beweismittel für eine Thatsache gelten, die im Protocolle nicht angegeben ist, und ebensowenig läßt sich behaupten, daß Handlungen, deren das Protocoll nicht gedenkt, überhaupt nicht vorgenommen worden seien [70]). In dem Protocolle werden insbesondre auch Anträge der Parteien wegen Erhebung einzelner Thatsachen und Vorladung ꝛc. von neuen Beweismitteln und die hierauf bezüglichen Entscheidungen des Gerichtes zu verlautbaren sein [71]).

Die Lehre von den Rechtsmitteln, welche dem Angeklagten eingeräumt sind, übergehen wir hier. Sie gehört nicht in die engen Grenzen, welche wir hier uns gesteckt haben. Ebensowenig haben wir uns über den Gebrauch zu verbreiten, welchen der Vertheidiger von diesen Rechtsmitteln zu machen habe. Ersteres gehört in die Lehre vom Strafprocesse überhaupt, — letzteres würde eine Anweisung für den Vertheidiger enthalten. Derartige Anweisungen sind bereits von Mittermaier [72]) u. A. gegeben worden.

Dagegen haben wir hier, wo wir uns speciell mit der Stellung und den Befugnissen und Pflichten des Vertheidigers beschäftigen, noch folgende Punkte zu betrachten:

Die Uebertragung und Uebernahme der Vertheidigung gewährt

---

70) Vgl. noch Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 200.

71) Bei Mängeln des Protocolls in dieser Richtung ist das Verfahren vom Obertribunal zu Berlin cassirt worden. Goltdammer, Archiv Bd. II, S. 231 flg.

72) In s. Lehre von der Vertheidigung.

dem Vertheidiger nicht blos die Befugniß, in schriftlichen Eingaben an das Gericht statt des Angeklagten Anträge zu stellen und Einwendungen und Rechtsmittel gegen gerichtliche Resolutionen zu erheben 2c., sondern auch statt des Angeklagten persönlich vor Gericht zu erscheinen und für ihn Erklärungen abzugeben. Das Gesetz bestimmt nämlich, daß in gewissen Fällen eine gerichtliche Handlung, behufs deren der Angeschuldigte vor Gericht geladen worden, auch im Falle des Nichterscheinens desselben vorgenommen werden kann. Hierher gehören zunächst einzelne gerichtliche Handlungen untergeordneter Art, z. B. die Bekanntmachung eines Erkenntnisses oder einer Resolution, die Entsiegelung in Beschlag genommener Papiere, die Vornahme einer Haussuchung oder Localbesichtigung u. dgl. m. Die Gesetze verordnen, daß zu dergleichen Handlungen der (nicht verhaftete) Angeklagte vorgeladen werde, ohne daß jedoch das Erscheinen desselben zur Giltigkeit der Handlung erfordert wird. Insbesondre dient die Vorladung in den Fällen der letzteren Art in der Regel nur dazu, dem Angeschuldigten als einem Betheiligten die Wahrnehmung seiner Interessen möglich zu machen und das Gericht gegen spätere Einwendungen sicher zu stellen. Es wird unbedenklich sein, dem Vertheidiger zu gestatten, daß er statt des Angeschuldigten im Publicationstermine erscheine und den nur gedachten Handlungen beiwohne. Die Gegenwart des Angeschuldigten würde nur eine willkürliche und daher die Vertretung desselben zulässig sein. Es handelt sich in diesen Fällen nicht um eine Erklärung des Angeschuldigten über thatsächliche Verhältnisse, welche auf die Entscheidung von Einfluß sein könnte. Dagegen wird dem Vertheidiger nicht eine stumme Rolle aufzunöthigen, sondern ihm zu gestatten sein, Anträge in Bezug auf diese Handlungen zu stellen, Einwendungen zu machen und überhaupt den Angeklagten zu vertreten.

Von größerer Bedeutung erscheinen die Fälle, in welchen von dem Gerichte auf Grund einer Verhandlung eine Entscheidung ertheilt werden soll, das Gesetz aber zwar die Vorladung des Angeschuldigten zu der Verhandlung verfügt, das Erscheinen desselben aber bei derselben nicht für erforderlich ansieht. Nach den meisten Gesetzgebungen wird z. B. in zweiter Instanz über das eingewendete Rechtsmittel auch dann entschieden, wenn der zu dem Verhandlungstermine vorgeladene Angeschuldigte in demselben nicht erschienen ist. Die Befugniß des Gerichtes, den Angeschuldigten auch zum Erscheinen in einem solchen Termine zu nöthigen, wird hierdurch nicht ausgeschlossen, indem z. B. die Vervollständigung der Beweisaufnahme durch anderweite Befragung des Angeschuldigten als nöthig sich darstellt und auch hier ein Verzicht desselben bei Feststellung der (materiellen) Wahrheit unbeachtlich ist. In den Fällen aber, in welchen das Erscheinen des Angeklagten nicht nöthig ist, wird dessenungeachtet der Vertheidiger zur Wahrnehmung der Rechte des Clienten zugelassen, wobei sich von selbst versteht, daß jede Erklärung des Vertheidigers über die den Gegenstand des Beweises

bildenden Thatsachen bedeutungslos und eine Befragung desselben über dieselben unzulässig sein würde.

Eine besondere Vertretung des Angeklagten durch einen Vertheidiger finden wir noch im Contumacialverfahren. Die Aburtheilung des außengebliebenen Angeklagten wird stets eine Anomalie sein. Kann sich nun zwar auch hier die Vertretung nicht auf die eigentliche Beweisaufnahme erstrecken, so ist doch eine Wahrnehmung der Interessen des Angeschuldigten durch einen besonderen Vertreter besonders angemessen. Die kgl. sächs. StrafPO. hat in Art. 317 die Zuziehung eines Vertheidigers in diesen Fällen unbedingt und ohne Unterschied der Schwere des Verbrechens für eine nothwendige erklärt. Die Bestellung des Vertheidigers kann sowohl durch den Abwesenden selbst, als auch durch dessen Verwandten, welche den Abwesenden vertreten, vorgenommen werden.

Der Vertheidiger ist zur Verschwiegenheit über alles dasjenige, was ihm in seiner Stellung als Vertheidiger bezüglich des seinem Clienten beigemessenen Verbrechens anvertraut worden, verpflichtet[73]). Diese Verpflichtung liegt in der Natur der Verhältnisse und bedarf daher keiner besonderen gesetzlichen Anerkennung[74]). Sie erstreckt sich auf alle dem Vertheidiger als solchem bekannt gewordene, dem Angeklagten möglicherweise ungünstigen Umstände und wird selbstverständlich nicht durch die Beendigung der Untersuchung aufgehoben. In ersterer Beziehung ist noch zu bemerken, daß die Mittheilungen nicht blos von dem Angeklagten, sondern auch von dessen Verwandten und Freunden, welche den Vertheidiger in der Sache instruiren wollen, ja selbst von dessen Mitangeklagten herrühren können. Die Mittheilung geschieht nur aus Rücksicht auf die Stellung des Vertheidigers als solchen und im Vertrauen auf dieselbe. Hieraus folgt, daß der Vertheidiger zur Verschwiegenheit auch bezüglich solcher Mittheilungen verpflichtet ist, welche sich auf Mitschuldige des Angeklagten beziehen. Mit dieser Verpflichtung steht das Recht des Defensors, das verlangte Zeugniß über derartige Mittheilungen abzulehnen, in Verbindung[75]). Der französische Cassationshof hat dieses Recht auch bezüglich der Notare anerkannt. Die hannöv. StrafPO. §. 88 und die kgl. sächs. StrafPO. Art. 213 haben dasselbe auch auf die auf der Expedition des Vertheidigers arbeitenden Personen ausgedehnt. Dagegen hat die letztgedachte Proceßordnung dieses Recht insoweit modificirt, als es gestattet, die Vertheidiger zum Zeugnisse dann anzuhalten, wenn derjenige, dem sie zur Geheimhaltung verpflichtet sind, ihre Abhörung verlangt. Nicht

---

73) Vgl. Mittermaier, Vertheidigung ꝛc. S. 62 flg.

74) Vgl. bes. die Entscheidung des Obertribunals zu Berlin bei Goltdammer, Archiv Bd. I, S. 230 flg.

75) Vgl. noch Roßhirt, in der Zeitschrift für teutsches Strafverf. N. F. Bd. III, S. 111 flg. Schwarze, in den N. Jahrb. f. sächs. Strafrecht Bd. VIII, S. 450.

minder soll das Gericht, eintretenden Falles, befugt sein, eine eidliche Versicherung des Inhaltes, daß der Vertheidiger von dem Gegenstande seiner Befragung außerhalb der obgedachten Stellung keine Kenntniß erlangt habe, zu verlangen.

Ueber die Honorirung des Vertheidigers haben wir schon oben bei Besprechung der nothwendigen Vertheidigung Einiges bemerkt. Die Verpflichtung zur Bezahlung des Vertheidigers liegt dem Angeklagten im Falle der nichtnothwendigen Vertheidigung unbedingt ob, gleichviel ob er losgesprochen oder verurtheilt wird, eben weil die Vertheidigung lediglich auf seinen Antrag geführt wurde. Im Falle der nothwendigen Vertheidigung sind die durch dieselbe veranlaßten Kosten wie die übrigen Untersuchungskosten zu behandeln und der zur Bezahlung der letzteren verurtheilte Angeklagte ist daher auch zur Bezahlung der ersteren verbunden. Wird er dagegen losgesprochen, so ist er hierdurch auch von der Verpflichtung zur Bezahlung der Defensionalien befreit und die Bezahlung derselben liegt demjenigen ob, welcher überhaupt die onera iurisdictionis zu tragen hat. Es läßt sich nicht sagen, daß der Angeklagte sie durch seine Handlung oder Schuld veranlaßt habe. In den Fällen, in denen der Angeklagte wegen Armuth seiner Verpflichtung zur Bezahlung der Defensionalien nicht nachkommen kann, müssen für sie die Verwandten desselben, soweit sie zur Alimentation des Angeklagten gesetzlich verpflichtet sind, einstehen[76]). Es werden jedoch diese Grundsätze nicht allenthalben anerkannt. Insbesondre wird mehrseitig eine Verpflichtung des Staatsfiscus für die Kosten selbst der nothwendigen Vertheidigung in dem obigen Falle nicht unbedingt anerkannt. Vielmehr wird sie häufig — jedoch ohne Unterschied, ob der Angeklagte verurtheilt oder losgesprochen worden — auf die Entschädigung für bestrittene Verläge[77]) und für etwa erforderliche Reisen und Zeitversäumniß[78]) beschränkt. Andere Gesetzgebungen gewähren dem Vertheidiger überhaupt keinen Anspruch auf Erstattung von Defensionalien aus der Staatskasse und betrachten die Defension des vermögenslosen Angeklagten als eine Officialarbeit[79]). Das braunschweig. Gesetz §. 7 verordnet, daß in schweren Strafsachen dem armen Angeklagten auf Kosten des Staates ein Vertheidiger beigegeben werden soll[80]). Am meisten ist in der hier fraglichen Richtung die Vertheidigung in der kgl. sächs. Gesetzgebung begünstigt. Dieselbe bestimmt, daß in Fällen der nothwendigen Vertheidigung der Vertheidiger wegen Bezahlung seiner Gebühren und Verläge sich, mit Umgehung des Angeklagten, gleichviel ob dieser solvent ist oder nicht, direct an das Gericht wenden

76) Art. 47, 154 C. C. C.

77) Vgl. z. B. österreich. StPO. §. 213, 214, 345.

78) Vgl. z. B. würtemb. StPG. Art. 25.

79) Vgl. z. B. kgl. preuß. Criminalordn. §. 463 und kgl. bayer. Gesetz von 1848 Art. 120.

80) Vgl. noch das oben angez. Rescript des kgl. preuß. Justizministers.

und von diesem die Bezahlung fordern, letzteres aber in den Fällen, in welchen der Angeklagte zur Bezahlung der Defensionalien verurtheilt worden ist, seinen Regreß an den letzteren nehmen kann. Schwarze.

Vertrag[1]. A. Begriff und Arten. Der Begriff des Vertrages ist auch den Nichtjuristen geläufig, den Juristen aber durch vielfache Anwendungen so bekannt und unentbehrlich, daß wohl überall eine gleichförmige und richtige Auffassung sich erwarten ließe. Dies ist aber nicht der Fall. Erforderlich zu einem Vertrage ist: 1) eine Mehrheit von Personen, wenigstens zwei; es können aber auch mehrere sein; 2) diese Mehrere müssen irgend etwas, und zwar Beide dasselbe, bestimmt gewollt haben; bei vorhandener Unentschiedenheit oder Mangel an Uebereinstimmung läßt sich kein Vertrag annehmen; 3) diese Mehreren müssen sich der Uebereinstimmung ihres Willens bewußt geworden sein, d. h. der Wille muß gegenseitig erklärt worden sein; der blos gefaßte, aber geheim gehaltene Entschluß kann nicht als Bestandtheil eines Vertrages gelten; 4) die übereinstimmende Willenserklärung der Mehreren muß auf Bestimmung ihrer Rechtsverhältnisse gerichtet sein. Die bloße Richtung auf ein Rechtsverhältniß ist nicht hinreichend. In der Einigung der Mitglieder eines Gerichtshofes zu einem Urtheil finden sich alle bisher angegebenen Merkmale, auch ein Rechtsverhältniß, auf welches der Beschluß gerichtet ist, und dennoch ist kein Vertrag vorhanden. Das Rechtsverhältniß, welches durch die übereinstimmende Willenserklärung der Mehreren bestimmt werden soll, muß ihr eigenes sein. Vertrag ist demnach die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden. Dieser Begriff enthält eine einzelne Anwendung des allgemeineren Begriffes der Willenserklärung[2]. Als einzelne Art unterscheidet er sich von dieser seiner Gattung durch das Merkmal der Vereinigung mehrerer Willen zu Einem, ganzen ungetheilten Willen, während die Willenserklärung überhaupt auch nur von einem Einzelnen ausgehen kann. Rechtsverhältnisse aller Art können Gegenstände des Vertrages sein. Verträge sind möglich im Völkerrechte, im Staatsrechte, im Privatrechte; im Privatrechte kommen sie bei allen Arten der demselben angehörenden Rechtsinstitute vor. Völkerrechtliche Verträge sind alle Bündnisse, Friedensschlüsse, die vertragsmäßige Unterwerfung eines bisher selbstständigen Staates unter die Hoheit eines anderen, die Ver-

---

1) a) Quellen: Tit. Dig. de pactis (2. 14.) Tit. Cod. de pactis (II. 3.) b) Literatur: Die Schriften über diesen Gegenstand sind sehr zahlreich. Von den Systemen des Civilrechtes genügt es, Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 3, §. 140, 141, S. 307—321 und desselben, Obligationenrecht Bd. 1, §. 52—81, S. 7—292 anzuführen. Dieses Werk ist auch bei der nachfolgenden Darstellung hauptsächlich benutzt worden. Vergl. auch den Artikel Stipulation Bd. X, S. 527—585.

2) Vgl. den Art. Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 199 flg.

wandelung von Bestandtheilen eines Staates in einen eigenen selbstständigen Staat; letztere kommt auch als friedliche und freiwillige vor, z. B. wenn in Nordamerika eine Anzahl Einwohner zu einem neuen Staate vereinigt wird. Bei den römischen Juristen heißt der völkerrechtliche Vertrag publica conventio [3]); es wird von ihnen die mißbräuchliche Anwendung der privatrechtlichen Formen und Regeln auf diesen Vertrag widerrathen [4]). Staatsrechtliche Verträge waren namentlich in Teutschland von jeher sehr häufig und kommen noch jetzt vor, z. B. zwischen dem Fürsten und den Landständen, zwischen verschiedenen Mitgliedern eines regierenden Hauses. Die Vertragsform zeigt sich besonders in der kaiserlichen Wahlcapitulation. Die privatrechtlichen Verträge sind die häufigsten und mannigfaltigsten. Hier kommt der Vertrag bei allen Arten der Rechtsinstitute vor, überall als eine der wichtigsten Rechtsformen. Er kommt vor erstens bei den Obligationen, sowohl zu deren Begründung, wo dann die Vorträge vorzugsweise obligatorische heißen, als auch zur Auflösung der Obligationen. Zweitens kommt er im Sachenrechte, ebenfalls in weitester Anwendung, vor. So ist die Uebergabe ein wahrer Vertrag, indem sie von beiden Seiten die auf gegenwärtige Uebertragung des Besitzes und des Eigenthums gerichtete Willenserklärung enthält und die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt werden; daß zu dieser Willenserklärung die wirkliche Erwerbung des Besitzes als äußere Handlung hinzutreten muß, damit die Uebergabe vollständig sei, hebt das Wesen des zum Grunde liegenden Vertrages nicht auf. Auch die Servituten entstehen regelmäßig durch Vertrag, wobei es freilich bestritten ist, ob dazu der bloße Vertrag genüge oder noch die Tradition hinzukommen müsse [5]); ebenso andere dingliche Rechte. In diesen häufigen und wichtigen Fällen wird die Vertragsnatur der Handlung meistens übersehen, weil sie von dem jene Handlung gewöhnlich vorbereitenden und begleitenden obligatorischen Vertrage nicht gehörig unterschieden wird. So wird bei dem Verkaufe eines Grundstückes gewöhnlich an den obligatorischen Kauf gedacht, dabei aber vergessen, daß die nachfolgende Uebergabe auch ein, und zwar von jenem Kaufe verschiedener, nur durch ihn nothwendig gewordener Vertrag ist. Es kommen allerdings Fälle der Tradition ohne vorhergegangene Obligation vor, bloßes Geben und Nehmen in übereinstimmender Absicht, wie z. B. bei dem Geschenke an einen Bettler. Drittens kommen privatrechtliche Verträge auch im Familienrechte vor, indem Rechtsverhältnisse in der Familie dadurch bestimmt werden. Dazu gehören die Ehe, die Adoption, die Emancipation. — Gewöhnlich haben die Juristen, ältere und neuere, eine einzige der angegebenen Anwendungen für den Gattungsbegriff selbst genommen, indem sie den Vertrag im allgemeinen so erklären und

3) L. 5. D. 2. 14.
4) Gai. Inst. Comm. III. §. 94.
5) Vgl. den Art. Servituten Bd. X, S. 279 flg.

mit dem Ganzen ihrer Systeme in solche Verbindung setzen, als ob nur der obligatorische Vertrag der einzige überhaupt wäre. Dadurch wird der Begriff viel zu eng begrenzt und es werden viele wichtige Fälle von dessen Anwendung ausgeschlossen. Diese unvollständige Auffassung rührt daher, daß der obligatorische Vertrag theils der häufigste ist, theils derjenige, in welchem die Vertragsnatur am augenscheinlichsten und wirksamsten hervortritt, mehr als in anderen Anwendungen. Schon bei den römischen Juristen zeigt sich Aehnliches. So sucht Ulpian den Vertragsbegriff im allgemeinen festzustellen[6]). Er braucht dafür den Ausdruck pactio und erklärt diesen in dem oben dem Vertrage zugeschriebenen umfassenden Sinne: pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus. Dann braucht er, der bloßen Abwechselung wegen, den Ausdruck conventio, den er anfangs ebenso allgemein erklärt, während später der Gattungsbegriff sich unvermerkt ganz in die einzelne Art der obligatorischen Verträge verliert. Es ist auch unter diesem Artikel nur von den obligatorischen Verträgen die Rede, während hinsichtlich der remissorischen oder liberatorischen Verträge, deren Zweck Auflösung einer Obligation ist, auf den Artikel Verzicht zu verweisen ist. — Der obligatorische Vertrag ist eine Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch unter ihnen eine Obligation entstehen soll. Die römischen Juristen bezeichnen den obligatorischen Vertrag abwechselnd mit den Ausdrücken: conventio, pactio, pactum[7]). Folgende besondere Arten der obligatorischen Verträge, welche auf gewissen, innerhalb des allgemeinen Vertrages sich findenden erheblichen Gegensätzen beruhen, sind zu bemerken: 1) der Unterschied der legitimae und iuris gentium conventiones[8]), welcher von historischer Bedeutung ist. Legitimae conventiones heißen die, welche lediglich im ius civile begründet, also dem ius gentium unbekannt sind; iuris gentium conventiones die, welche schon im ius gentium, in dem allgemeinen Rechte, wie es sich die Römer dachten, ihren Ursprung haben. Der Begriff der iuris gentium conventio läßt sich mit einer Anerkennung und Wirksamkeit im ius civile wohl vereinigen, so daß es unrichtig wäre, wollte man diese Art der Verträge im allgemeinen für weniger wirksam erachten, als die legitima conventio. Denn wirklich sind die wichtigsten Fälle der iuris gentium conventiones im Civilrechte anerkannt und vollständig wirksam, z. B. das Darlehn, der Kauf, die Miethe u. s. w.[9]). Im Justinianeischen Rechte findet sich von den legitimae

6) L. 1. §. 2. 3. 4. D. 2. 14.

7) L. 1. §. 2. 3. 4. L. 6. L. 7. pr. §. 1—4. D. 2. 14. Der Ausdruck conventio eignete sich am besten zum Zwecke allgemeiner Betrachtungen; denn an den Ausdruck pactum knüpften sich infolge einer Stelle des prätorischen Edictes, welche in L. 7. §. 7. D. 2. 14. erhalten ist, besondere praktische Beziehungen.

8) L. 5. L. 7. pr. §. 1. D. 2. 14.

9) Gai. Inst. Comm. III. §. 132. §. 2. Inst. I. 2. Endlicher's Frag=

conventiones nur noch die Stipulation vor. Im heutigen Rechte ist auch diese verschwunden. In einem etwas anderen Sinne, mehr buchstäblich faßt Paulus den Ausdruck legitima conventio auf[10]), indem er damit denjenigen Vertrag bezeichnet, welcher nicht unter die contractus gehört, also an sich nicht klagbar ist, wohl aber in einigen Fällen dadurch ausnahmsweise klagbar wird, daß er durch eine lex[11]) bestätigt worden ist. Dasselbe gilt nach ihm von einigen auflösenden Verträgen, welche durch eine solche Bestätigung die Wirkung erhielten, Obligationen ipso iure aufzuheben, während andere nuda pacta diese Wirkung nicht hatten. Daß dieser Sinn, in welchem Paulus den Ausdruck legitima conventio nimmt, ein ganz anderer Sinn ist, als der oben erwähnte, von Ulpian damit verbundene, leuchtet von selbst ein. Nicht zu billigen ist es, wenn die Stelle des Paulus dazu benutzt wird, um den modernen Sprachgebrauch zu rechtfertigen, nach welchem pactum legitimum ein durch kaiserliche Constitutionen klagbar gewordenes pactum bezeichnet. 2) Auf den Inhalt der hervorgebrachten Obligation bezieht sich die Eintheilung in einseitige und zweiseitige (oder gegenseitige) Verträge, wofür es keine römischen Kunstausdrücke giebt. Die Neueren bezeichnen sie mit den Ausdrücken contractus unilaterales und bilaterales. Durch den einseitigen Vertrag wird der eine Theil nur Gläubiger, der andere Theil nur Schuldner. Beispiele einseitiger Verträge sind das Darlehn, das Schenkungsversprechen, die römische Stipulation. In dem zweiseitigen Vertrage ist jeder Theil Gläubiger und Schuldner zugleich, nur jeder auf eine Handlung verschiedener Art. Es ist dies nicht eine Häufung mehrerer Verträge und Obligationen, wie sie sogar in beliebiger größerer Zahl und Mannigfaltigkeit unter denselben Personen denkbar sind, sondern es müssen vermöge des Wesens des gegenseitigen Vertrages beide Obligationen in unzertrennlicher Verbindung gedacht werden, so daß die eine nur wegen der anderen, und mit ihr zugleich bestehend, zu denken ist, weshalb beide nur zwei Hälften Eines Rechtsgeschäftes bilden. Als Verträge dieser Art erscheinen der Kauf, die Miethe, die Societät. In der Mitte zwischen beiden Arten stehen einige Verträge, welche zunächst, ihrer allgemeinen Natur und Bestimmung nach, nur einseitig sind, worin aber zufällig eine gegenseitige, außer dem Zwecke des Vertrages liegende, Obligation hinzutreten kann. Dieser Fall wird von den Römern durch eine verschiedene Benennung der beiden Klagen bezeichnet, indem sie die wesentliche Klage als directa, die zufällige als contraria actio bezeichnen. Es bedarf auch oft nicht einer contraria actio, indem sich der Zweck derselben oft ohne Klage, durch bloße Abrechnung, also durch eine Einrede,

---

ment des Ulpian, in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. IX, S. 5. Bd. XV, S. 377 —382.

10) L. 6. D. 2. 14.

11) Paulus sagt: lege vel Senatusconsulto, weil letztere Rechtsquelle legis vicem obtinet. Gai. Inst. Comm. I. §. 4.

erreichen läßt[12]). Fälle der Anwendung finden sich in dem Commodatum, Depositum und Mandat. Diese Verschiedenheit kommt übrigens auch bei den Quasicontracten vor. Die Neueren nennen zweiseitige Verträge dieser Art häufig contractus bilaterales inaequales, im Gegensatze der zweiseitigen, wo auf beiden Seiten eine wesentliche Obligation entsteht, welche sie contractus bilaterales aequales nennen. 3) Auf den beabsichtigten äußeren Zweck bezieht sich die Unterscheidung der Verträge, welche auf ausschließliche Beförderung des Vortheiles Eines Theiles abzwecken, von den Verträgen, welche den Vortheil beider Theile zum Zwecke haben. Ein Vertrag der ersten Art ist immer zugleich ein einseitiger Vertrag. Der einseitige Vortheil besteht meistens in einer Bereicherung, wie bei dem Schenkungsversprechen; er kann aber auch von anderer Art sein, wie z. B. bei dem Depositum, wo der ursprüngliche Geber nicht bereichert wird, aber den Vortheil der sicheren und bequemen Aufbewahrung durch einen Anderen hat. Ein Vertrag der zweiten Art, wo der Vortheil beider Theile bezweckt wird, kann sowohl ein einseitiger sein, wie das verzinsliche Darlehn, als ein zweiseitiger, wie der Kauf und die Miethe. Die Neueren bezeichnen diese beiden Arten der Verträge nicht selten mit den Ausdrücken: conventio lucrativa (auch gratuita) und onerosa; Ausdrücke, welche ebenso von den Rechtsgeschäften überhaupt gebraucht werden[13]). — Folgende Eintheilungen der Verträge, wenn sie auch an sich richtig und erheblich sind, sind entweder bereits schon erörtert worden oder finden weiter unten ihre Stelle. Das erste ist der Fall mit der Eintheilung in stricti iuris und bonae fidei contractus. Diese bezieht sich lediglich auf die Unterscheidung der aus den Contracten entspringenden Klagen, fällt also zusammen mit der an einem anderen Orte dieses Werkes dargestellten Lehre von den actiones stricti iuris und bonae fidei[14]). Die erwähnte Eintheilung ist aber nicht zu verwechseln mit der unter Nr. 1 gedachten Eintheilung in legitimae und iuris gentium conventiones, da beide Eintheilungen auf ganz verschiedenen Gründen beruhen. Auch ist z. B. das Darlehn entschieden im ius gentium begründet, ist aber doch ein stricti iuris contractus, indem es eine condictio erzeugt[15]). Eine fernere Eintheilung der Verträge in förmliche (formelle) und formlose, sowie die römische Unterscheidung der Verträge, welche contractus und pacta sind, ist ebenfalls bereits besprochen worden[16]).

---

12) L. 18. §. 4. D. 13. 6.

13) Vgl. den Art. Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 210.

14) Vgl. den Art. Actio Bd. I, S. 41 flg. Seit dem Erscheinen dieses Artikels ist indessen diese Lehre sehr ausführlich und gründlich dargestellt worden von Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 5, §. 218—220, S. 101—119. Ueber die heutige Nichtanwendbarkeit dieses Unterschiedes der Klagen und daß alle Klagen jetzt die Natur der bonae fidei actiones haben, vgl. Savigny a. a. O. §. 224, S. 136 flg.

15) Vgl. den Art. Condictio Bd. II, S. 876.

16) S. den Art. Stipulation Bd. X, S. 527 flg.

B. Personen. I. Einleitung. Die Rechtsregeln, welche die in den obligatorischen Verträgen auftretenden Personen betreffen, sind großentheils so allgemeiner Natur, daß sie über die Lehre von diesen Verträgen weit hinausreichen. Sie sind daher auch an anderen Orten dieses Werkes dargestellt worden[17]). Einige dieser Rechtsregeln beziehen sich jedoch ganz eigentlich und ausschließlich auf die obligatorischen Verträge und diese sind hier darzustellen. In der einfachsten Gestalt des obligatorischen Vertrages, z. B. wenn Gajus von Sejus eine Sache kauft, erscheinen als die in dem Vertrage thätigen Personen dieselben, unter welchen die Obligation bestehen soll, welche in der Obligation als Parteien auftreten; die Contrahenten und die Parteien sind dieselben Personen; ferner sind diese Personen bestimmte, bekannte, einzelne Menschen; sie erscheinen nach beiden Seiten als Individuen bestimmt, nicht blos mittelst einer allgemeinen Eigenschaft, die an sich in ganz verschiedenen Individuen sich wahrnehmen ließe. In beiden Beziehungen aber giebt es Fälle, in welchen der obligatorische Vertrag von der erwähnten einfachsten Gestalt abweicht. Eine Abweichung der ersten Art besteht darin, daß die Contrahenten und die Parteien nicht durchaus dieselben Personen sind. Dieser Fall läßt sich, wenn man dabei von den sichtbar thätigen Personen ausgeht, die wir vorläufig als Contrahenten betrachten, so bezeichnen, daß der Vertrag seine Wirkungen auf dritte Personen äußere, so daß diese Dritten dadurch Gläubiger oder Schuldner werden. Eine Abweichung der zweiten Art besteht nach Savigny darin, daß der Vertrag und die daraus entstehende Obligation nicht nach beiden Seiten auf individuell bestimmte Personen zu beziehen ist, sondern vielmehr nach der einen Seite auf alle Personen, welche eine gewisse Eigenschaft haben; ein Verhältniß, welches nicht nur an sich auf die verschiedensten Personen anwendbar ist, sondern auch in der Zeit stets wechseln, also von einer Person auf die andere übergehen kann. Der wichtigste Fall sind nach Savigny die Papiere auf den Inhaber, in welchen das Recht des Gläubigers nicht an eine bestimmte Person geknüpft ist, sondern an ein gewisses Verhältniß zu einer Urkunde. Es ist aber dieser von Savigny aufgestellte Gesichtspunkt in neuerer Zeit bestritten worden. Was die Abweichungen der ersten Art, welche in der möglichen Einwirkung eines Vertrages auf dritte Personen besteht, anlangt, so ist hier die Rede von zwei an sich sehr verschiedenen Fällen, deren Verschiedenheit unter zweideutigen Ausdrücken sich verbirgt. Die klare und vollständige Einsicht in das richtige Verhältniß wurde vorzüglich dadurch erschwert, daß beide Fälle eine gewisse Verwandtschaft mit einander haben und auf manchen Punkten in einander übergehen. Der erste Fall ist der der Stellvertretung. Diese kommt nicht blos bei den Verträgen, sondern auch bei vielen

---

17) So ist über die Handlungsfähigkeit im Art. Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 190 flg. gehandelt worden.

anderen freien Handlungen vor, und es ist davon schon an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden[18]). Hier aber ist, in Anwendung auf die Verträge, die Einwirkung derselben auf dritte Personen nur scheinbar, und es kann in der That nur von einer besonderen Form, in welcher die zum Vertrage nothwendige freie Handlung vorgenommen wird, die Rede sein. Wenn Titius den Gajus beauftragt, in seinem Namen von Sejus eine Sache zu kaufen und dieser Auftrag vollzogen wird, so sind die in Wahrheit handelnden Personen Titius und Sejus, die Contrahenten und die Parteien sind dieselben Personen und eine Einwirkung des Vertrages auf Dritte läßt sich in der That nicht behaupten. Das Eigenthümliche des Falles ist nur, daß Titius, statt seine Willenserklärung mündlich oder durch einen Brief auszusprechen, zu diesem Zwecke sich eines Dritten als Mittelsperson bediente, so daß dieser Dritte nur als Organ des wahren Contrahenten Titius in Betracht kommt und für sich selbst zu der Obligation in gar keiner Beziehung steht. Der zweite Fall betrifft die Einwirkung eines Vertrages auf Dritte ohne Stellvertretung. Schließt Gajus mit Sejus einen Vertrag dahin ab, daß Titius an Gajus 100 zahlen oder daß er von Gajus 100 empfangen soll, und weiß Titius von diesem Versprechen nichts, hat also keinen Auftrag dazu gegeben, so sind Gajus und Sejus ohne Zweifel allein die Handelnden, die Contrahenten; dagegen soll nach dem Inhalte des Vertrages, Titius Schuldner oder Gläubiger sein. Die Contrahenten fallen daher hier mit den Parteien nicht völlig zusammen, vielmehr soll der Vertrag auf eine dritte, den Contrahenten fremde Person einwirken. Beide Fälle sind an sich von einander völlig verschieden. Jeder ist besonders zu untersuchen; beide faßt Savigny aber unter dem allgemeinen Gesichtspunkte der Stellvertretung, der einfachen Bezeichnung wegen, zusammen, da der zweite Fall nur durch seine Beziehung zu dem ersten, und als Gegensatz desselben, besondere Wichtigkeit hat.

2) Stellvertretung[19]). Römisches Recht. Im älteren römischen Rechte bestand ursprünglich der strenge, für den

---

18) S. den Art. Rechtsgeschäft Bd. IX, S. 201—204. Indessen bedürfen die dort vorgetragenen Grundsätze, soweit sie das römische Recht darstellen sollen, infolge neuerer Untersuchungen einer Revision.

19) Ueber diese auch nach Savigny, dessen Ausführungen wiederholt angegriffen worden sind, besonders nach den Grundsätzen des römischen Rechtes sehr streitige Lehre sind folgende Schriften zu bemerken: Giphanius, Lecturae Altorphinae p. 562 sq. (ad L. 11. D. de obligat. et act. (44. 7.). Donellus, Comm. iur. civ. Lib. XII. cap. 16—19. Comm. ad tit. de verborum obligationibus Francof. 1577. fol. 76—94. (ad L. 38. §. 17. de V. O.) Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte §. 9—14, 3. Ausg. 1836, S. 85—147. Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock und Schwerin 1852. Dernburg, Recension der Buchka'schen Schrift in der krit. Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft Heft I, S. 1—20 (enthält eine ganz selbstständige Ausführung). Brinz, kritische Blätter civilistischen Inhaltes

Rechtsverkehr sehr beschwerliche Grundsatz, daß eine Vertretung nur gelte durch die von unserer juristischen Gewalt abhängigen Menschen, und auch durch diese nur zum Erwerben, nicht zur Verminderung des Vermögens. Hiernach konnten Kinder und Sclaven dem Familienhaupte giltiger Weise erwerben, sowohl dingliche Rechte als Schuldforderungen: und es war dieses selbst durch die unter den strengen Regeln und Formen des alten ius civile stehenden Rechtsgeschäfte möglich, wie Mancipation und Stipulation. Die Wirkung war selbst unabhängig von dem Willen des Vertretenen und des Vertreters, so daß auch eine von dem Sohne ohne Wissen des Vaters unternommene Mancipation oder Stipulation das so erworbene Recht unmittelbar in des Vaters Vermögen brachte [20]). Es waren daher alle in solcher Abhängigkeit sich befindende Menschen allgemeine Erwerbswerkzeuge des gemeinschaftlichen Familienhauptes. Dagegen war mittelst dieser Vertretung eine Verminderung des Vermögens des Familienhauptes unzulässig [21]). Auch in dieser Hinsicht war der Wille des Familienhauptes gleichgiltig, so daß zu diesem Zwecke der Abhängige von dem Familienhaupte nicht als Instrument zu seiner Bequemlichkeit gebraucht werden konnte. Dagegen war eine Vertretung durch unabhängige Menschen ganz unwirksam; man konnte durch juristische Handlungen derselben weder Rechte erwerben, noch aufgeben, noch Verpflichtungen übernehmen. In besonderer Anwendung auf obligatorische Verträge lauten diese Grundsätze des alten Rechtes so: a) Kinder in väterlicher Gewalt und Sclaven können durch die von ihnen eingegangenen obligatorischen Verträge dem Familienhaupte Forderungen erwerben, also dasselbe dadurch bereichern. b) Diese Folge ihrer Handlung ist nicht blos möglich, sondern auch nothwendig; sie hängt nicht ab von ihrem eigenen Willen, ebensowenig von dem Bewußtsein und dem Willen des Gewalthabers [22]) sowie von den dabei gebrauchten Ausdrücken [23]). c) Dagegen können sie durch ihre Verträge den Gewalthaber nicht zum Schuldner machen; auch dieses ist von des letzteren Willen unabhängig. d) Alle übrigen Personen (liberae, extraneae personae) sind gleich unfähig, durch ihre Vertretung in obligatorischen Verträgen, einen Anderen zum Gläubiger oder zum Schuldner zu machen; diese Unfähigkeit ist unabhängig von

---

Nr. 2, 1852. Savigny, Obligationenrecht 1853 Bd. II, §. 54—60, S. 21—88. Scheurl, Stellvertretung, besonders bei Begründung von Obligationen, in der krit. Ueberschau I, 3, S. 315—338. Ruhstrat, über Savigny's Lehre von der Stellvertretung. Oldenburg 1854.

20) Gai. Inst. Comm. II. §. 86—96. III. §. 163—167. Ulpian. Fragm. Tit. XIX. §. 18—21. Tit. Inst. per quas personas nobis acquiritur (II. 9.) Tit. Inst. per quas personas nobis obligatio acquiritur (III. 28.) L. 3. C. IV. 27.

21) L. 133. D. 50. 17. L. 27. §. 1. D. 16. 1. L. 3. C. II. 3. L. 12. C. VII. 32.

22) L. 62. D. 45. 1.

23) §. 4. Inst. III. 19. L. 38. §. 17. L. 39. 40. 130. D. 45. 1.

dem Willen des Anderen[24]). Dieser strenge, durchgreifende Grundsatz des alten Rechtes reichte bei größerer Lebendigkeit und Mannigfaltigkeit des Verkehres nicht aus. Die durch das Bedürfniß hervorgerufenen zahlreichen Umbildungen desselben führt Savigny auf zwei verschiedenartige Klassen zurück. a) Neben den Grundsatz sei eine Anzahl reiner Ausnahmen gestellt worden, welche theils durch neu erfundene prätorische Klagen bewirkt wurden, theils durch die gewöhnlichen Schuldklagen, die nur der Prätor gegeben oder versagt habe in Fällen, in welchen der alte Grundsatz auf den entgegengesetzten Erfolg geführt haben würde. b) Der Grundsatz sei in sich selbst umgebildet worden, indem man ihn auf Verträge einer gewissen Art beschränkt habe, bei Verträgen anderer Art aber nicht mehr habe gelten lassen. Zu a) Was die Ausnahmen des alten Grundsatzes betrifft, welche durch neu erfundene prätorische Klagen bewirkt worden sein sollen, so sind diese Klagen die actio quod iussu, exercitoria, institoria, quasi institoria und de in rem verso[25]). Als gemeinsame Bedingung der vier ersten Klagen verlangt Savigny nur, daß der angestellte Vertreter innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht mit einem Dritten contrahirt habe; so oft dies geschehen, soll der dritte Contrahent aus dem Vertrage, welchen er mit dem Vertreter abgeschlossen hat, auch gegen den Geschäftsherrn klagen können und zwar mit einer der vier genannten Klagen. Dabei scheint er selbst anzuerkennen, daß diese Klagen in ihrer Existenz und in ihren Wirkungen nicht davon abhängen, ob dem Vertreter eine Regreßklage gegen den Geschäftsherrn begründet ist oder begründet sein würde, wenn der Vertreter nicht in des Letzteren Gewalt wäre. Denn er sagt[26]), der dritte Contrahent brauche sich um die Zweckmäßigkeit des Vertrages sowie um die redliche Verwendung nicht zu kümmern. Hieraus folgt von selbst, daß diese Klagen zustehen können, ohne daß der Vertreter eine Regreßklage gegen den Geschäftsherrn hat. Dies ist auch unzweifelhaft[27]). Denn daß ein Schiffsführer, welcher zum Besten des Schiffes Geld aufgenommen, aber solches nicht für das Schiff verwendet hat, keine Regreßklage gegen den Rheder hat, ist unleugbar. Hat der Dritte dennoch nach der angeführten Stelle die exercitoria actio gegen den Rheder, so kann diese Klage nicht von der Existenz oder Wirksamkeit der actio mandati des Schifführers abhängig sein. Ueber die Gründe, aus welchen diese vier Klagen eingeführt und denselben eine so unbeschränkte Wirksamkeit beigelegt worden, erklärt sich Savigny in folgender Weise. Im allgemeinen habe das Bedürfniß des Verkehres die Klagen hervorgerufen. Bei Gelegenheit der actio quod iussu bemerkt

24) L. 126. §. 2. D. 45. 1.

25) Vgl. über das Folgende besonders die Ausführung von Ruhstrat S. 67 gegen Savigny, welcher auch Dernburg (krit. Zeitschrift für RW. Bd. II, H. 4, S. 394) beitritt und auch wir beipflichten müssen.

26) Obligationenrecht Bd. 2, S. 25, 26, 27.

27) L. 1. §. 9. D. 14. 1.

er[28]): „Es mußte als unnatürlich erkannt werden, daß jeder Hausvater durch die Verträge seiner Kinder oder Sclaven, selbst ohne seinen Willen, Forderungen unbedingt erwerben konnte, während er durch sie zum Schuldner, selbst mit seinem Willen, nicht gemacht werden sollte. Dieser letzte Satz wurde durch die prätorische Klage quod iussu unmittelbar beseitigt. Aus jedem Vertrage des Sohnes oder des Sclaven sollte der Hausvater als Schuldner verklagt werden können, wenn er in irgend einer Weise zu erkennen giebt, daß der Vertrag aus seinem Willen hervorgehe." In Bezug auf die actio quasi institoria erklärt er[29]): „der Dritte klagt gegen mich (den Principal) mit einer utilis actio, nach der Analogie der institorischen Klage; der Grund liegt darin, daß er mit seiner Contractsklage den Stellvertreter hätte zwingen können, ihm seine Regreßklage gegen mich (die actio mandati contraria) zu cediren." Derselbe Grund gilt nach Savigny's Ansicht gewiß auch für die durch unabhängige Vertreter begründete actio exercitoria und institoria[30]). Da aber die actio exercitoria, institoria und quasi institoria des Dritten rücksichtlich ihrer Wirkungen und der Bedingungen ihrer Entstehung ihrer Existenz von der Regreßklage des Vertreters gänzlich abweichend sind und in keiner Weise von der Existenz und Wirksamkeit der Regreßklage abhängen, so kann auch der Grund ihrer Einführung nicht in dem Umstande gefunden werden, daß der Vertreter unter gewissen Voraussetzungen eine Regreßklage gegen den Principal hatte, welche er dem Dritten cediren konnte oder mußte. Wenn die actio institoria u. s. w. statthaft war, so ist es gewiß, daß ihr Grund nicht in der angeblichen Befugniß des Dritten lag, sich die (nicht existirende) Mandatsklage abtreten zu lassen. Die bei Gelegenheit der actio quod iussu von Savigny gemachten Bemerkungen beweisen nur, daß die Anerkennung der Möglichkeit einer Verpflichtung des Hausvaters durch die Verträge seiner Untergebenen nothwendig war[31]). Ueber die unbeschränkte Wirksamkeit der actio quod iussu geben sie keinen Aufschluß. Es bleibt also nur der allgemeine Grund, das Bedürfniß des Verkehres übrig, welcher diese Klagen erzeugt hat. Wenn man damit die feststehende Wahrheit in Verbindung bringt, daß der Prätor sich nur zögernd und infolge dringenden Bedürfnisses von den Grundsätzen des alten Rechtes zu entfernen pflegte, so leuchtet der nähere Grund ein, aus welchem den genannten Klagen unbeschränkte Wirksamkeit verliehen wurde, und es ergiebt sich zugleich damit, daß die Bedingungen dieser Klagen von

28) A. a. O. S. 29.

29) A. a. O. S. 62.

30) Savigny a. a. O. S. 25.

31) Wenn Savigny a. a. O. S. 30 behauptet, daß die actio quod iussu sich stets auf ein einzelnes Rechtsgeschäft beziehe, wovon der Hausvater ein bestimmtes Bewußtsein haben könne und müsse, so steht diese Behauptung, wie Ruhstrat a. a. O. S. 9, N. 2 treffend bemerkt, mit den Worten der L. 1. §. 1. D. 15. 4.: sive generaliter in Widerspruch.

Savigny ungenügend angegeben sind. Hätte jeder Dritte mit jedem abhängigen oder unabhängigen Vertreter contrahirt, ohne zu wissen, ob derselbe für sich oder für einen Anderen den Vertrag eingeht und ohne sich überhaupt nach dessen Verhältnissen näher zu erkundigen, so würde man eine Hemmung des Verkehres durch die alten Grundsätze niemals empfunden haben. Der Prätor hätte dann zunächst nur auf eine angemessene Ausgleichung der unbilligen Vortheile, welche die Hausväter durch die von ihren Untergebenen abgeschlossenen Verträge hatten, bedacht sein müssen. Es hätte aber keiner Verordnung zur Hebung des in keiner Weise gehemmten Verkehres bedurft. Der Prätor hatte also gar keine Veranlassung, den Dritten, welche mit dem Vertreter contrahirten, ohne erfahren zu haben, daß derselbe Vertreter sei und als solcher handele, ein unbeschränktes Rechtsmittel gegen den Principal einzuräumen. Das Bedürfniß des Verkehres nöthigte ihn dazu nicht und ebensowenig die Forderung der Billigkeit. Denn für den dritten Contrahenten, welcher gar nicht wußte, daß sein Mitcontrahent im Auftrage eines Anderen handele, wäre es ein ganz unberechneter Glücksfall gewesen, wenn er neben diesem Mitcontrahenten noch einen zweiten solidarischen Schuldner gehabt hätte. Eine solche ganz unnöthige, durch nichts begründete, Begünstigung des dritten Contrahenten ist dem römischen Rechte nicht zuzutrauen. Die alten Grundsätze hemmten aber den Verkehr insofern, als dritte Personen, welche mit den Vertretern nicht contrahiren wollten, weil dieselben vermögenslos waren oder als abhängige Personen kein Vermögen haben konnten, dies gern gethan hätten, wenn sie damit gegen den Geschäftsherrn selbst einen ausreichenden Entschädigungsanspruch hätten erwerben können. Zur Beseitigung dieses Uebelstandes reichte indessen die Bestimmung völlig aus, daß jeder Dritte, welcher in Rücksicht auf den Principal mit dessen Mandatar contrahiren werde, eine ebenso unbeschränkte Klage gegen den Principal, wie gegen den Mitcontrahenten, haben solle. Für diesen Fall forderte auch die Billigkeit ein unbeschränktes Rechtsmittel des Dritten, weil er im Vertrauen auf den erklärten Willen des Principals mit dessen Vertreter contrahirt hatte. Außer der auf Förderung des Verkehres gerichteten Gesetzgebungspolitik und außer den Rücksichten der Billigkeit führt aber auch noch ein innerer juristischer Grund zu diesem Resultate. Hatte auf der einen Seite der Vertreter mit dem Willen des Mandanten und auf der anderen Seite der Dritte mit Rücksicht auf eben diesen Willen contrahirt, so lag in der That eine wirkliche Uebereinstimmung des Principals und des Dritten vor, indem ja beide den Vertrag gewollt hatten. Nach der Natur der Sache stand nichts entgegen, aus dieser Einwilligung ein unmittelbares contractliches Verhältniß zwischen Beiden abzuleiten; vielleicht würde dies auch geschehen sein, wenn man damit nicht die alten Grundsätze ganz umgestoßen hätte. Um dies zu vermeiden, wurde ein indirecter Weg eingeschlagen, indem man den Vertreter als eigentlichen Contrahenten festhielt und

dem Dritten nur die gegen den Letzteren begründete Klage auch gegen den Principal unbeschränkt gestattete. Wo es an jener Uebereinstimmung des Dritten und des Principals fehlte, da war zur Einführung einer unbeschränkten Klage des Dritten eine solche Veranlassung nicht vorhanden. Die unbeschränkten Rechtsmittel wurden also nur da gegeben, wo der Vertreter dem Dritten gegenüber als solcher aufgetreten und mit Rücksicht auf den Willen des Principals contrahirt war. Wäre zu irgend einer Zeit der Römer die directe Stellvertretung zugelassen, also anerkannt worden, daß der Vertreter durch Verträge mit Dritten den Principal berechtigen und verpflichten könne, ohne sich selbst dem Dritten verbindlich zu machen, so wären die hier fraglichen Rechtsmittel damit unmittelbar beseitigt worden. Denn wenn nach Anerkennung dieses Grundsatzes der Vertreter in eigenem Namen contrahirt, dabei aber dem Dritten erklärt hätte, daß er als Vertreter und nicht für eigene Rechnung handele und hierauf in beiderseitiger Berücksichtigung dieser Qualität contrahirt worden wäre, so würde jedesmal unter dem Namen des Mandatars die Person des Principals zu verstehen gewesen sein. Es wäre nämlich nach ausdrücklicher oder stillschweigender Uebereinkunft der Contrahenten bei dem Namen des Mandatars jedesmal hinzuzudenken gewesen: in der Qualität als directer Vertreter des Principals. Der Umstand, daß nach Justinian die actio exercitoria, institoria, quasi institoria und quod iussu als praktische Rechtsmittel anerkannt, und zwar nicht blos da, wo vom Stellvertreter stipulirt war (denn darüber, daß Stipulationen nicht direct durch Vertreter geschlossen werden konnten, ist kein Streit), beweist daher, daß die Zulässigkeit einer directen Stellvertretung von den Römern nicht anerkannt worden ist. Die unbeschränkten Klagen, von welchen bisher die Rede war, fanden also in der That nur da statt, wo der Mandatar dem Dritten gegenüber in dieser seiner Eigenschaft aufgetreten war, wo also mit Rücksicht auf den Principal contrahirt worden war. Der in der obigen Ausführung enthaltene Beweis wird durch verschiedene Aussprüche der Quellen verstärkt, nach welchen diese Klagen gegeben sind, wenn der Dritte sein Vertrauen nicht sowohl auf den Vertreter, als auf den Principal gesetzt hatte[32]). Eine entscheidende Anerkennung dieses Grundsatzes ist in zwei Stellen enthalten[33]). Auch läßt sich die condictio, welche dem

---

32) Gai. Inst. Comm. IV. §. 70. §. 1. Inst. IV. 7.

33) L. 1. §. 9. D. 14. 1. von Ulpian; L. 7. pr. §. 2. D. eod. von Africanus. Aus L. 7. pr. D. cit. leitet Thöl, Handelsrecht §. 29, Nr. 3, 10, 11 die Regel her: wenn der Contract von der Art sei, daß er nur unter Voraussetzungen dem dem Institor anvertrauten Geschäftsgebiete entspreche, so müsse auch mit Bezugnahme auf diese Voraussetzung der Contract abgeschlossen sein, und es genüge nicht, daß der Institor den Contract als Institor des Principales abgeschlossen habe, ohne daß der weiteren Beziehungen gedacht worden sei. Allein die Stelle rechtfertigt, wie Buchka, Stellvertretung bei Verträgen S. 43 flg. ausgeführt hat, die Annahme dieser Regel nicht. Africanus handelt von einem Falle, in welchem der Schiffsführer in dem ausgestellten Schuldscheine

dritten Contrahenten unmittelbar gegen den Geschäftsherrn verstattet wird [34]), nur unter der Voraussetzung genügend erklären, daß der Gläubiger bei Gewährung des Credits den Geschäftsherrn als künftigen Schuldner mit im Auge gehabt hat; denn sonst kann kein Gläubiger die condictio gegen den Dritten erheben, dessen Vermögen der Schuldner durch Benutzung der ihm creditirten Geldmittel bereichert hat [35]). — Was endlich noch die actio de in rem verso betrifft, so ist darüber Folgendes zu bemerken. Infolge der alten Grundsätze wurde der Hausvater durch alle Verträge seiner Untergebenen auf Kosten der dritten Contrahenten unmittelbar bereichert, was nur Folge des Gewaltverhältnisses war. Wo ein unabhängiger Vertreter handelte, entstand diese Bereicherung nicht, weil dieser gegen den Principal die actio mandati oder negotiorum gestorum erwarb. Zur Beseitigung dieser Unbilligkeit gab der Prätor den dritten Contrahenten aus den mit abhängigen Vertretern geschlossenen Verträgen gegen den Hausvater die Klage auf so viel, als die Bereicherung durch das Gewaltverhältniß betrug, also genau auf dasselbe, was der Vertreter mit der actio mandati oder negotiorum gestorum fordern könnte, wenn er während der Vertretung unabhängig gewesen wäre [36]). Die so beschränkte Contractsklage erhielt den Beinamen

ausdrücklich bekannt hat, das Geld zur Ausbesserung des Schiffes empfangen zu haben. Auch wenn das Geld nicht für das Schiff verwendet worden ist, kann der Gläubiger nach der Entscheidung des Juristen in diesem Falle gegen den Rheder mit Erfolg die actio exercitoria anstellen, wenn nur zur Zeit der Hingabe des Darlehens das Schiff einer Ausbesserung bedürftig war, indem dies die Bedingung ist, unter welcher allein der Schiffsführer zur Aufnahme eines Darlehens auf den Credit des Rheders befugt ist. Der Jurist hebt nun hervor, daß der Darleiher sich die Ueberzeugung verschaffen müsse, daß er das Geld zu einem Zwecke hergebe, dessen Verwirklichung mit in den Grenzen der dem Schiffsführer ertheilten Vollmacht liegt (ut sciat, in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus). Daran wird sodann die von Thöl urgirte Bemerkung geknüpft, daß der Gläubiger nur dann sicher jene Ueberzeugung gewinnen könne, wenn er wisse, daß das Schiff der Ausbesserung bedürfe. Allein diese Bemerkung enthält in dem dargelegten Zusammenhange der Stelle in der That nicht die von Thöl vertheidigte Regel. Auch wird dessen Ansicht durch L. 13. pr. D. 14. 3. widerlegt. Hier wird nämlich ein Fall gesetzt, in welchem der Institor bei Aufnahme eines Darlehens sich allerdings als Institor dargestellt, jedoch den speciellen Zusammenhang des Darlehens mit dem ihm als Institor anvertrauten Geschäftsgebiete unerwähnt gelassen hat. Hat nun der Gläubiger gegen den Principal Klage erhoben und den Proceß verloren, weil er seinem Beweise über den Zusammenhang des Darlehens mit dem Geschäftsgebiete des Institors eine falsche Richtung gegeben hat, so ist seine actio institoria nach der Strenge des Rechtes consumirt; Julian verstattet ihm jedoch eine utilis actio. Nach der von Thöl aufgestellten Regel müßte diese Klage erfolglos sein; es ist aber nicht denkbar, daß die römische Jurisprudenz Abhilfe gegen die strengen Folgen der processualischen Consumtion gewährt haben würde, um einem Kläger eine gar nicht zu Recht bestehende Klage wieder zu verschaffen. Vgl. Buchka a. a. O.

34) L. 29. D. 12. 1. L. 17. §. 5. D. 14. 3. §. 8. Inst IV. 7.

35) Buchka a. a. O. S. 41.

36) Vgl. Ruhstrat a. a. O. S. 15 und im Oldenb. Archiv für Rechtspraxis Bd. 1, S. 25 flg.

de in rem verso. Gewiß ist, daß dieselbe nicht geradezu auf Verhältnisse anwendbar war, in welchen ein unabhängiger Vertreter gehandelt hatte, da hier einerseits der den Regreßklagen des Vertreters ausgesetzte Principal nicht in der oben bezeichneten Weise bereichert erschien, andererseits der Dritte die hier nicht immer wirkungslose Contractsklage gegen den Vertreter hatte, mit welcher er das Vermögen des Letzteren und deshalb auch die zu diesem Vermögen gehörige Regreßklage des Vertreters gegen den Principal in Anspruch nehmen konnte. Geradezu auf Cession des zuletzt gedachten Rechtsmittels gegen den Vertreter klagen konnte er aber nicht. Er mußte vielmehr zunächst im Wege der Contractsklage ein rechtskräftiges Urtheil gegen den Vertreter erwirken, worauf er dann in der Executionsinstanz allerdings auch die Abtretung jener Regreßklage fordern durfte [37]). Der römischen Gesetzgebung konnte es nur sehr angemessen erscheinen, mit Beseitigung dieses leicht zu Weiterungen führenden Umweges, dem Dritten geradezu gegen den Principal ein Rechtsmittel zu verstatten, sofern das Interesse des Letzteren dadurch nicht beeinträchtigt wurde [38]). Wenn hier die actio de in rem verso utiliter für anwendbar erklärt wurde, so war dies für den Principal ohne den geringsten Nachtheil. Denn durch die gerichtliche Geltendmachung dieses Rechtsmittels wurde die Klage des Dritten gegen den Vertreter consumirt, und es war damit zugleich entschieden, daß von einer actio mandati oder negotiorum gestorum des Vertreters nicht mehr die Rede sein konnte, indem diese Klagen dadurch bedingt waren, daß der Vertreter einer Klage des Dritten ausgesetzt war. Wenn also die actio de in rem verso im römischen Rechte auf den hier fraglichen Fall ausgedehnt wurde, so wurden damit dem Dritten auf die angemessenste Weise die Regreßklagen des Vertreters übertragen. Eine Uebertragung der actio mandati oder negotiorum gestorum des Vertreters als actio utilis auf den Dritten, welche näher zu liegen scheinen konnte, war nicht möglich, weil des Dritten Berechtigung gegen den Principal zunächst immer davon abhing, daß er einen wirksamen Vertrag mit dem Vertreter abgeschlossen hatte. Es mußte daher angemessen erscheinen, dem Dritten auch hier keine andere Klage zu verstatten, als die aus dem Contracte mit dem Vertreter entstehende, welche aber hier auf den Betrag beschränkt werden mußte, welchen der Vertreter mit seiner Regreßklage fordern könnte. Eine solche Ausdehnung der actio de in rem verso unterlag offenbar viel geringerem Bedenken, als deren ursprüngliche Einführung; denn während durch die Einführung wenigstens die Lage des Hausvaters nachtheiliger wurde, als sie es nach Civilrechte war, brachte die

37) Vgl. den Art. Mandat Bd. VII, S. 25 flg.

38) Vgl. über die Ausdehnung der actio de in rem verso auf den Fall, wenn unabhängige Vertreter gehandelt hatten, Ruhstrat, über die Stellvertretung S. 16 flg., welchem auch Dernburg beitritt, gegen Savigny, Obligationenrecht Bd. 2, S. 31 flg. In dem früheren Artikel Actio Bd. I, S. 68 ist diese Ausdehnung für das römische Recht in Abrede gestellt.

Ausdehnung nur einen Vortheil für den Dritten mit sich, ohne daß Jemand dadurch benachtheiligt wurde. Unter diesen Umständen würde die Nichtausdehnung der actio de in rem verso sogar auffallend sein. Die Ausdehnung muß daher auch durch die Stellen, welche man dafür anzuführen pflegt [39], für hinreichend bewiesen erachtet werden. Savigny sucht diese Ausdehnung mit der Bemerkung abzuweisen, daß eine solche Ergänzung des praktischen Rechtes nicht nöthig gewesen sei, weil sich der Dritte die Regreßklage des Vertreters habe cediren lassen können. Dagegen ist zu bemerken, daß im römischen Rechte sehr häufig actiones utiles gegeben worden sind, um Cessionen unnöthig zu machen. Savigny hat jene Behauptung deshalb aufgestellt, um nicht mit seiner actio quasi institoria in's Gedränge zu kommen, welche nach seiner Ausführung da zulässig ist, wo ein Dritter mit einem Mandatar contrahirt, ohne zu wissen, daß derselbe Mandatar sei [40]. Für diesen Fall steht aber dem Dritten keine andere Klage zu, als die actio de in rem verso utilis. Savigny behauptet freilich noch, daß nach der allmäligen Ausbildung der actio negotiorum gestorum der Dritte ohnehin diese Klage gegen den Principal gehabt habe, weil nur die Absicht, einen Fremden zu obligiren, Bedingung dieses Rechtsmittels sei [41]. Wollte man dieses auch zugeben, so würde die actio de in rem verso doch dadurch nicht entbehrlich, weil sie auch stattfindet, wo der Dritte nicht die Absicht gehabt hat, den Principal zu obligiren [42]. — Eine wahre Art von Ausnahmen von dem alten Grundsatze, über welche kein Streit ist, wurde dadurch bewirkt, daß der Prätor unmittelbar eingriff, und die gewöhnlichen Schuldklagen, abweichend von jenem alten Grundsatze, gestattete oder versagte, wenn ein praktisches Bedürfniß dazu dringend aufforderte. Es gehören hierher: aa) Verträge der Vormünder. Wenn ein Vormund für das Vermögen des Mündels Forderungen erwirbt oder Schuldverträge schließt, so ist er ein fremder Stellvertreter, also nach dem alten Grundsatze zu einer wirksamen Vertretung unfähig. Daher hafteten die Rechte und Verpflichtungen auf dem Vormunde selbst, woraus Verwickelungen und Gefahren entstehen konnten, welche nicht im Zwecke des Institutes lagen. Thatsächlich wurde dadurch geholfen, daß der Vormund die übernommenen Schulden aus dem Vermögen des Mündels abtragen konnte. Waren am Ende der Tutel noch unerledigte Rechtsverhältnisse übrig, so mußte durch Abrechnung, Cessionen und Novationen geholfen werden. Eine ausreichende juristische

---

39) L. 7. §. 1. C. IV. 26. L. 13. C. IV. 2. L. 31. pr. D. 3. 5. Besonders spricht die erste Stelle für die schon bei den Römern erfolgte Ausdehnung. Gerade der Umstand, daß die Stelle ein Rescript ist und Rescripte regelmäßig nur bereits bestehende Rechtsgrundsätze zur Anwendung bringen, beweist, daß eben hier ein schon bestehender Rechtssatz zur Anwendung gebracht wurde.

40) Savigny a. a. O. S. 62.

41) Savigny a. a. O. S. 32, N. aa.

42) Ruhstrat a. a. O. S. 18, N. 2.

Hilfe konnte dadurch bewirkt werden, daß der Mündel selbst mit Auctorität des Vormundes den Vertrag schloß; nun kam das Recht und die Verpflichtung sogleich unmittelbar auf die Person des Mündels. Dies konnte aber keine Anwendung finden während der Kinderjahre des Mündels: ebenso wenn Mündel und Vormund an verschiedenen Orten lebten. Eine fernere Aushilfe war die, daß der Vormund nicht selbst eine Stipulation schloß, sondern einem Sclaven des Mündels befahl, solche zu schließen, wodurch der Mündel unmittelbar Gläubiger wurde. Allein ein Sclave war nicht immer da und zu gerichtlichen Geschäften war er ganz unfähig. Waren nun am Ende der Vormundschaft Forderungen und Schulden, welche sich auf den Mündel hätten beziehen sollen, bei dem Vormunde zurückgeblieben, so half der Prätor, unmittelbar eingreifend, dadurch, daß er die Schuldklagen für und wider den Vormund versagte und dagegen für und wider den Mündel gab, gerade so, als ob dieser selbst der wahre Gläubiger oder Schuldner gewesen wäre. Dies geschah besonders in den Fällen, wo der Vormund persönlich in das Schuldverhältniß eingetreten war, nicht aus Unkunde oder Willkür, sondern weil er es, z. B. wegen der Kindheit des Mündels, nicht hatte vermeiden können [43]). In ähnlicher Weise wurde bei dem Anfange der Vormundschaft die Caution des Vormundes durch Stipulationen bewirkt, welche ein Sclave des Mündels oder ein öffentlicher Sclave oder auch wohl eine obrigkeitliche Person selbst abschloß [44]). Bei der Arrogation eines Unmündigen bediente man sich eines öffentlichen Sclaven dazu, den noch unbekannten künftigen Interessenten ihre Ansprüche auf das Vermögen durch Stipulationen zu sichern [45]). bb) Verträge der Verwalter eines städtischen Vermögens. Auch hier treten Verhältnisse ein, wie bei dem Vormunde. Auch hier also kann völlig geholfen werden dadurch, daß einem Sclaven der Corporation befohlen wird, durch Stipulation eine Forderung zu erwerben. Außerdem wird zunächst der verwaltende Beamte selbst Gläubiger oder Schuldner; nur kommt es auch hier vor, daß die Klagen als utiles actiones auf die Stadtgemeinde unmittelbar übertragen werden [46]). cc) Vertretung der Parteien im Processe. Es ist jedoch deshalb auf einen früheren Artikel dieses Werkes zu verweisen [47]). Zu b) Nach Savigny soll aber auch der alte Grundsatz für die Klasse der formlosen Verträge schon lange vor Justinian völlig aufgegeben worden sein [48]). Diese wichtige Veränderung wurde nach ihm nicht etwa durch eine äußere Vorschrift bewirkt; sie ereignete

---

43) L. 2. pr. L. 9. pr. D. 26. 7. L. 26. C. V. 37. L. 5. 6. 7. 8. D. 26. 9. L. 1. 2. 3. 4. C. V. 39. L. 26. D. 12. 1. L. 5. §. 9. D. 13. 5.

44) L. 1. §. 15. D. 27. 9. L. 2. 3. 4. pr. L. 6. D. 46. 6.

45) L. 18. L. 19. pr. §. 1. D. 1. 7.

46) L. 18. §. 13. D. 50. 1. L. 11. pr. §. 1. D. 22. 1. L. 5. §. 7. 8. 9. D. 13. 5. L. 27. D. 12. 1.

47) Vgl. den Art. Mandat Bd. VII, S. 53—62.

48) Vgl. Savigny a. a. O. S. 40—49.

sich nicht plötzlich und so daß sich dafür ein bestimmter Anfangspunkt angeben ließe; sie entstand vielmehr ganz allmälig, von innen heraus, und indem in einzelnen Anwendungen das praktische Bedürfniß einer freieren Behandlung anerkannt wurde. In einer Stelle[49]) findet er jene Veränderung grundsätzlich und mit bestimmter Erwähnung des Gegensatzes der förmlichen und formlosen Verträge anerkannt. Dann erläutert er diese Stelle ausführlich. Er bemerkt dann weiter[50]), daß er diese eine Stelle hier schon für genügend halte, indessen noch weitere Zeugnisse in einzelnen Anwendungen vorhanden seien. Indem er diese Zeugnisse nachholt, nimmt er zugleich Gelegenheit, den wahren Sinn der aufgestellten Regel enger zu begrenzen, was er in folgender Weise thut. Die formlosen Verträge habe man auch durch Briefe oder Boten abschließen können. Der Bote sei blos Träger fremden Willens, er schließe den Vertrag nicht, der Bote sei blos das Werkzeug der Willenserklärung. Es wäre also ganz irrig gewesen, die Zulässigkeit des nuncius zu verneinen wegen der Regel, daß Niemand durch die Handlungen einer unabhängigen Person Rechte erwerben könne. Die stets wiederkehrende Zusammenstellung des Boten mit dem Briefe führe aber leicht zu einer zu beschränkten Auffassung des Begriffes des Boten. Der Brief sei ein bewußtloses und willenloses Werkzeug und das könne unstreitig der Bote auch sein; derselbe könne allerdings blos das Jawort überbringen, ohne zu wissen, wovon die Rede sei. Es sei aber kein Grund vorhanden, bei diesem beschränkten Falle stehen zu bleiben. Savigny sucht dann zu zeigen, daß die Sache immer dieselbe bleibe, wenn man dem Boten eine größere Thätigkeit einräume, und bemüht sich, dies durch Beispiele zu veranschaulichen, in welchen er dem Boten immer etwas mehr Spielraum giebt. Endlich kommt er zu dem Resultate, daß es gleichgiltig sei, ob der Vertreter in dem Geschäfte mehr oder weniger selbstthätig erscheine, eine scharfe Grenze lasse sich hier gar nicht ziehen. Die Unterscheidung zwischen dem Boten und Stellvertreter sei also verwerflich. Von einer anderen Seite sei allerdings eine Unterscheidung zu machen, bei welcher es darauf ankomme, ob der Vertreter im eigenen Namen oder im Namen des Mandanten gehandelt habe. Zum Beweise dieser Behauptungen werden zwei Stellen angeführt[51]). Daß aber dieser ausgedehnte Begriff des Boten den Römern bekannt gewesen sei, ist zu verneinen[52]). Ohne Zweifel haben die Römer schon Boten gekannt, bevor der alte Grundsatz, nach welchem unabhängige Vertreter den Geschäftsherrn nicht zum Gläubiger oder Schuldner machen konnten, nach Savigny's Meinung aufgehoben wurde. Der von ihm aufgestellte Begriff des Boten konnte aber unmöglich mit dem alten

49) L. 53. D. 41. 1.
50) A. a. O. §. 57, S. 56—66.
51) L. 1. §. 11. D. 16. 3. L. 13. §. 25. D. 19. 1.
52) Vgl. die Ausführung von Ruhstrat a. a. O. S. 21 flg. gegen Savigny.

Grundsatze bestehen, wenn dieser Grundsatz jemals einen vernünftigen Sinn und eine praktische Bedeutung gehabt haben soll. Denn konnte der Mandatar im Namen des Mandanten contrahiren, ohne sich zu obligiren, so konnte er den Mandanten durch seine Vertretung offenbar zum Gläubiger oder Schuldner machen. Der alte Grundsatz ging aber dahin, daß er dies nicht konnte. Wenn Savigny sagt: „Es wäre irrig gewesen, die Zulässigkeit des nuncius zu verneinen wegen der Regel, daß Niemand durch die Handlungen einer libera persona Rechte erwerben könne; denn der Bote ist gar nicht der juristisch Handelnde, vielmehr ist es der Absender, der den Boten nur als Organ seines Willens braucht" und diese Widerlegung des erwähnten Einwurfes in einer Stelle des Paulus (L. 15. D. 13. 5.) deutlich ausgesprochen findet, so kann es zweifelhaft sein, ob er hier den ausgedehnten oder vielmehr nur einen beschränkten Begriff des Boten im Sinne hat, und annimmt, daß auch Paulus in der angeführten Stelle davon redet. Geht man davon aus, daß Savigny hier an den unbeschränkten Begriff denkt, so sagen seine erwähnten Worte Folgendes: Contrahirte der Mandatar im Namen des Mandanten, so wurde der Mandant freilich Gläubiger oder Schuldner, aber nicht durch die Handlung des Mandatars, weil nur er selbst der juristisch Handelnde war; deshalb stand dem unbeschränkten Begriffe des Boten die alte Regel nicht entgegen, weil diese nur dahin ging, daß man durch die Handlungen unabhängiger Personen keine Rechte erwerben könne. Wäre Savigny's Bemerkung in diesem Sinne richtig, so hätte die alte Regel höchstens folgenden Sinn haben können: Wenn der Stellvertreter selbst als der juristisch Handelnde auftrat (also in eigenem Namen contrahirte), so konnte er den Principal nicht zum Gläubiger oder Schuldner machen. Hätte die alte Regel nur diesen Sinn gehabt, so wäre sie nach Savigny's weiteren Ausführungen noch jetzt nicht weggefallen; denn ein Vertreter, welcher so contrahirt, soll ihn auch nach dessen Meinung noch jetzt nicht unbedingt und direct zum Gläubiger oder Schuldner machen [53]). Auf jeden Fall wäre sie dann nicht weggefallen durch die von Savigny als Hauptbeweisstelle für ihr Wegfallen angeführte L. 53. D. 41. 1. Denn diese Stelle hat (im Sinne Savigny's aufgefaßt) für den Fall, wenn der Vertreter in eigenem Namen auftritt, gar keine praktische Bedeutung [54]). Will man Savigny hier nicht Widersprüche vorwerfen, so muß man annehmen, daß er die Unvereinbarkeit des alten Grundsatzes mit dem ausgedehnten Begriffe des Boten anerkennt, wofür sich auch anführen läßt, daß er sagt [55]), es seien für die freie Stellvertretung Zeugnisse in einzelnen Anwendungen vorhanden und daß er

---

53) Savigny a. a. O. S. 62, 63.

54) Dies erkennt Savigny a. a. O. S. 63 und daselbst Note 1 geradezu an.

55) A. a. O. S. 54.

als solche Zeugnisse Stellen anführt, in welchen der ausgedehnte Begriff des Boten anerkannt sein soll. Hiernach scheint er sagen zu wollen, daß sich gleichzeitig mit der freien Stellvertretung auch der unbeschränkte Begriff des Boten entwickelt habe. Steht also Savigny nicht mit sich selbst in Widerspruch, so nimmt er an: erstens, daß der Begriff des Boten ursprünglich so beschränkt gewesen ist, wie er von Anderen dargestellt wird; zweitens, daß der ausgedehnte Begriff des Boten jedenfalls nicht gleichzeitig mit dem alten Grundsatze gegolten haben kann. Diese Sätze lassen sich auch gewiß nicht bestreiten. Was nun zunächst die von Savigny für die angebliche Ausdehnung des Begriffes des Boten geltend gemachten Zeugnisse betrifft, so kann die erste Stelle [56]) recht wohl von einem Boten in dem beschränkten gewöhnlichen Sinne verstanden werden. Wenn ich den A. bitte, meine Sache zu B. zu tragen, damit derselbe sie aufhebe, so soll A. meinen auf Abschluß eines depositum gerichteten Willen nebst dem Gegenstande dieses Contractes überbringen; er steht hiernach mit einem Briefe auf derselben Stufe. Wenn A., anstatt diese Botschaft auszuführen, die Sache in eigenem Namen deponirt, so entstehen natürlich andere, in Betreff des ersten Falles gleichgiltige Rechtsverhältnisse. Auch referirt Ulpian in dieser Stelle die Meinung des Pomponius, welcher im 2. Jahrhundert, also zu einer Zeit lebte, wo selbst nach Savigny's Meinung der alte Grundsatz wahrscheinlich noch bestand. Gleichzeitig mit dem alten Grundsatze aber kann der ausgedehnte Begriff des Boten nicht anerkannt sein. In der zweiten Stelle [57]) sucht Savigny darzuthun, daß der Procurator eine Sache des Geschäftsherrn in eigenem Namen verkauft habe und die Stelle deshalb eine Bestätigung der für die Stellvertretung zweiter Art aufgestellten Behauptungen enthalte [58]). Allein nach der gemeinen Meinung konnte ein Procurator überhaupt nur in eigenem Namen contrahiren und gegen diese Meinung liefert das Gesetz keinen Beweis und ist deshalb hier ganz unerheblich. Eine Erweiterung des Begriffes Boten läßt sich hiernach nur annehmen, wenn dargethan werden kann, daß der alte Grundsatz beseitigt ist, und darnach fällt die Frage, ob von Savigny der römische Begriff des Boten richtig aufgefaßt worden ist, ganz mit der Frage zusammen, ob der alte Grundsatz zur Zeit der Römer weggefallen ist. Von allen von Savigny desfalls beigebrachten Beweisen bleibt nach dem bisher Bemerkten nur die L. 53. D. 41. 1. übrig. Bevor auf diese Stelle näher eingegangen wird, ist hier erst dasjenige zusammenzustellen, was sich dafür anführen läßt, daß der alte Grundsatz bis zu Justinian fortwährend in Geltung verblieben sei, worauf das Gewicht, welches, diesen Beweisgründen gegenüber, etwa der angeführten Stelle noch beizulegen sei,

56) L. 1. §. 11. D. 16. 3.
57) L. 13. §. 25. D. 19. 1.
58) A. a. O. S. 65.

noch zu erwägen sein wird. aa) Die gänzliche Beseitigung alter Grundsätze des Civilrechtes, wie sie hier von Savigny vorausgesetzt wird, lag nicht im Charakter der römischen Gesetzgebung. Man half sich lieber auf Umwegen und ein solcher war leicht zu finden, wenn man das praktische Bedürfniß einer weiteren Entwickelung so dringend gefühlt hätte. Bei Vergegenwärtigung der Rechtsverhältnisse, wie sie nach den Grundsätzen des prätorischen Rechtes durch Stellvertreter hervorgerufen wurden, konnte höchstens die rechtliche Stellung des Stellvertreters eine Aenderung als nothwendig erscheinen lassen. Für den Dritten, welcher jedesmal eine in solidum gehende Klage gegen den Principal hatte, wenn er mit dem Mandatar als solchem einen Vertrag geschlossen hatte, war so genügend gesorgt, daß ein praktisches Bedürfniß anderweiter rechtlicher Bestimmungen in dieser Hinsicht nicht vorhanden sein konnte. Dagegen konnte es wohl unbillig erscheinen, daß der Mandatar, welcher unter Angabe dieser Eigenschaft, also nur im Interesse des Geschäftsherrn contrahirt hatte, dennoch von dem dritten Contrahenten persönlich verklagt werden konnte. Diesem Uebelstande, wenn man ihn als solchen empfunden hätte, wäre leicht und einfach durch Verstattung einer doli exceptio des Vertreters abzuhelfen gewesen. bb) Hatte der Stellvertreter unter Angabe dieser Eigenschaft und der Dritte mit Rücksicht auf dieselbe contrahirt, so stand dem Dritten eine in solidum gehende Klage, nämlich die actio quod iussu, exercitoria, institoria oder quasi institoria zu. Wäre der alte Grundsatz aufgehoben und damit gesagt, daß jedesmal, wenn der Vertreter als solcher contrahire, ein directes Vertragsverhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten eintreten, der Stellvertreter dagegen gar nicht verpflichtet werden solle, so wären jene prätorischen Rechtsmittel als ganz unpraktisch weggefallen. Es ist dies aber ganz unzweifelhaft nicht geschehen, wie augenscheinlich daraus hervorgeht, daß noch Justinian diese Klagen als durchaus praktisch anerkennt. Justinian kennt also die von Savigny vertheidigte Umgestaltung des Institutes der Stellvertretung nicht. Nach der Behauptung Savigny's sollen diese prätorischen Klagen freilich für den Fall praktisch geblieben sein, wenn der Dritte nicht erfahren habe, daß der Mandatar als solcher handele. Für diesen Fall haben aber diese Klagen niemals gegolten und es fehlte an Gründen, aus welchen die Gesetzgebung jene Klagen hier hätte zulassen sollen. cc) Mehrere Stellen ergeben bestimmt, daß der alte Grundsatz bis zu Justinian fortwährend in Geltung verblieben ist[59]). Savigny sucht diese Stellen durch folgende Bemerkungen[60]) zu beseitigen: „Der strenge, für den Verkehr unbequeme Grundsatz des alten Rechtes, welcher die freie Stellvertretung für alle Rechtsgeschäfte ausschloß, wurde im

---

59) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 2. §. 2. L. 1. C. IV. 27. von Diocletian und Maximian. §. 5. Inst. II. 9.

60) Savigny a. a. O. S. 48, 49.

Laufe der Zeit durch Anerkennung des praktischen Bedürfnisses umgebildet. Zuerst geschah dieses ganz entschieden bei dem Erwerbe und Verluste des Besitzes. Damals bildete sich die Regel: der Besitz sei das einzige Recht, welches durch Stellvertretung erworben werden könne, und die so formulirte Regel pflanzte sich lange Zeit traditionell fort, bis in Zeiten hinüber, worin sie ihre Wahrheit längst verloren hatte." Für das traditionelle Fortpflanzen führt Savigny die in der letzten Note citirten Stellen an. Daß aber zu der Zeit, wo diese Stellen geschrieben wurden, die in denselben ausgesprochene Regel ihre Wahrheit verloren gehabt habe, dafür ist kein weiterer Beweis beigebracht. Die Stellen selbst deuten darauf nicht hin; sie ergeben vielmehr die praktische Giltigkeit der Regel noch zur Zeit ihrer Verfasser. Paulus hielt sie gewiß noch für anwendbar, wie sich auch noch aus einer von ihm herrührenden, bereits angeführten Digestenstelle [61]) zur Genüge ergiebt. Die an sich bedenkliche Annahme eines Irrthums von Seiten dieses Juristen, darin bestehend, daß demselben die Verdrängung der alten Regel durch freiere Ansichten des praktischen Rechtslebens entgangen wäre, ist noch bedenklicher, wenn, wie Savigny annimmt, der viel unbedeutendere Modestin, der ziemlich gleichzeitig mit Paulus lebte, wenn er auch denselben überlebt hat, die Beseitigung der alten Regel als eine ausgemachte Sache betrachtet hat. Ebenso gedenkt Diocletian (in L. 1. C. IV. 27.) des alten Grundsatzes nicht als einer geschichtlichen Antiquität, sondern bringt denselben bei Entscheidung eines praktischen Rechtsfalles zur Anwendung. Savigny muß daher annehmen, daß Diocletian den alten, seit langer Zeit beseitigten Grundsatz irrthümlich noch für anwendbar gehalten habe. Ist dies wahr, dann muß dem Kaiser und seinen juristischen Rathgebern das praktische Rechtsleben ganz fremd geblieben sein, sie müssen ihre Rechtskenntnisse blos aus den Schriften der alten Juristen geschöpft haben. Denn der wichtige, in das Leben eingreifende Grundsatz freier Stellvertretung konnte ihnen nicht entgehen, wenn sie ihren Blick nur Einmal von den alten Schriften ablenkten. Allein die Annahme eines solchen Irrthums auf Seiten des Kaisers und seiner Rathgeber hat nicht den mindesten Grund. Aber auch Justinian und seine Rathgeber erkennen den alten Grundsatz noch als eine praktisch giltige Regel, wie die Fassung der Institutionenstelle [62]) deutlich ergiebt. Wenn hiernach diese Beweisstellen nicht, wie Savigny thut, beseitigt werden können, vielmehr eine entschiedene Anerkennung der fortwährenden praktischen Giltigkeit des alten Grundsatzes enthalten, so fragt es sich nur noch, ob die von Savigny angeführte Hauptstelle (L. 53. D. 41. 1.) einen außerordentlich dringenden Beweis für die Aufhebung des alten Grundsatzes enthalte. Dies ist

61) L. 15. D. 13. 5. Vgl. auch die von Paulus herrührende L. 126. §. 2. D. 45. 1.
62) §. 5. Inst. II. 9.

aber zu verneinen, und läßt sich die Stelle anders, als Savigny thut, auffassen, so verdient diese andere Auffassung schon darum den Vorzug, weil die Stelle dann im Einklange mit den anderen Stellen steht. Savigny findet in dieser Stelle folgendes ausgesprochen. Der Erwerb durch freie Stellvertreter soll zugelassen werden bei den Rechten, welche auf formlose Weise erworben werden (quod naturaliter acquiritur), und als Beispiel für diese Klasse von Rechten wird die possessio angeführt. Bei den Rechten hingegen, welche auf förmliche Weise erworben werden (ea, quae civiliter acquiruntur), soll der Erwerb nur durch abhängige Personen möglich sein und als Beispiel für diese Klasse von Rechten wird die Stipulation angeführt. Jenes erste Beispiel hätte nach Savigny von dem Verfasser der Stelle auch ergänzt werden können durch die Worte: vel emtionis venditionis contractus, und es soll zufällig sein, daß dieses nicht geschehen ist. Nimmt man die letztgedachte Ergänzung wirklich auf, so lautet der letzte Theil der Stelle: quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio vel emtionis venditionis contractus, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus. In dieser Fassung enthält die Stelle aber einen Unsinn. Soll die von Savigny bemerkte Ergänzung stehen bleiben, so müssen die Worte volentibus nobis possidere nothwendig gestrichen werden[63]), um in der Stelle einen vernünftigen Sinn zu finden. Der Verfasser der Stelle hat auch schwerlich an das Beispiel des Kaufes oder eines anderen Contractes, auf welches diese Worte gar nicht passen, gedacht. Unter dem naturaliter acquirere hat er nichts Anderes verstanden, als den Erwerb des Besitzes, welcher ihm zwar Beispiel war, aber auch das Einzige, welches angeführt werden konnte. Selbst wenn man die Worte sicuti est possessio streicht, kann die Stelle doch immer nur vom Erwerbe des Besitzes verstanden werden[64]). Es ist daher unter dem civiliter acquirere der juristische Erwerb, d. h. der Erwerb durch Rechtsgeschäfte, unter dem naturaliter acquirere der factische Erwerb, d. h. der Erwerb des Besitzes zu verstehen[65]). Nach der Behauptung mancher Schriftsteller soll in der Stelle ursprünglich geschrieben gewesen sei: per mancipationem, und Tribonian dafür gesetzt haben: per stipulationem[66]). Zu der Annahme einer solchen Interpolation ist man bei der angenommenen Auffassung der Stelle nicht genöthigt. Der Behauptung Savigny's[67]), daß aus der angeblichen Interpolation der Stellen das Princip freier

---

63) Ruhstrat a. a. O. S. 35 will die Worte: per quemlibet volentibus nobis possidere dann gestrichen haben. Allein die Worte: per quemlibet müßten dann stehen bleiben, indem sie den Gegensatz zu den oben stehenden: per eos, qui in potestate nostra sunt, bilden.

64) S. Puchta, Institut. Bd. 2, S. 335, N. n.

65) Mühlenbruch, Cession S. 44, N. 71.

66) Puchta a. a. O. Vangerow, Leitfaden §. 608, Anm. Bd. 2, S. 294. Buchka, Stellvertretung S. 116.

67) A. a. O. S. 49, N. n.

Stellvertretung für das Justinianeische Recht unzweifelhaft folgen würde, kann man nicht beitreten. Weil die Mancipation zu Justinian's Zeit weggefallen war, so mußten die Worte: per mancipationem, wenn sie in der Stelle wirklich standen, jedenfalls gestrichen werden. Setzten die Compilatoren an ihre Stelle die Stipulation, so sollte dieselbe nur ein Beispiel für den Erwerb durch Rechtsgeschäfte sein. Außerdem ist gegen Savigny's Auslegung der gedachten Stelle noch Folgendes einzuwenden[68]). Modestinus, der angebliche Urheber der Stelle, commentirt hier den Q. Mucius Scävola, welcher die alte Regel in einer Digestenstelle anerkennt[69]). Die Fassung der Stelle läßt nicht erkennen, daß Modestinus mit seinem Auctor im Widerspruche steht, obgleich sonst die römischen Juristen, wenn sie andere commentiren, einen solchen Widerstreit ausdrücklich hervorzuheben nicht anstehen. Ferner rührt die L. 53. cit. höchst wahrscheinlich gar nicht von Modestinus, sondern von Pomponius her. Denn das Werk: Modestinus ad Q. Mucium, welches als Inscription nur in zwei Digestenstellen vorkommt[70]), wird in dem index Florentinus gar nicht erwähnt, wohl aber ein Werk: Pomponius ad Q. Mucium, aus welchem sich viele Stellen in den Digesten finden. Daher setzen gründliche Kritiker in der Ueberschrift den Namen Pomponius anstatt des Namens Modestinus[71]). Pomponius lebte aber im zweiten Jahrhundert und vor den großen Juristen. Hätte der alte Grundsatz schon zu seiner Zeit nicht mehr gegolten, so würden sich gewiß Spuren davon in den Schriften der großen Juristen finden, was aber in der That nicht der Fall ist. Savigny selbst verkennt das Gewicht der Gründe, welche für den Pomponius als Verfasser der Stelle sprechen, keineswegs. Er erklärt sich jedoch aus inneren Gründen für geneigter, den handschriftlichen Namen Modestinus vorzuziehen, weil ein so entschiedener grundsätzlicher Ausspruch, wenn er in der früheren Zeit des Pomponius erlassen worden wäre, wahrscheinlich mehrfache Erwähnung in den vielen Schriften der nachfolgenden großen Juristen nach sich gezogen haben würde; dieser Grund finde aber keine Anwendung auf Modestinus, nach dessen Zeit fruchtbare juristische Schriftsteller nicht mehr aufgetreten seien. Indessen wird er durch diese Erwägung nicht bestimmt, die Stelle dem Modestinus zuzuschreiben; er läßt es vielmehr unentschieden, ob dieser oder Pomponius der Verfasser sei. Er würde sie freilich lieber dem Modestinus zuschreiben; allein auch für den Fall, daß Pomponius der Verfasser derselben wäre, findet er das Princip freier Stellvertretung darin ausgesprochen. In Erwägung der oben hervorgehobenen Beweisgründe wird man aber doch die Stelle dem Pomponius zuschreiben müssen; man wird ferner anerkennen müssen, daß die Stelle, ganz ab-

68) Vgl. Ruhstrat a. a. O. S. 37 flg.
69) L. 73. §. 4. D. 50. 17.
70) Die Stellen sind L. 53. 54. D. 41. 1.
71) Vgl. Savigny a. a. O. S. 47, 48.

gesehen von ihrem Inhalte, schon deshalb schwerlich das Princip freier Stellvertretung ausspricht, weil sie wahrscheinlich aus der Zeit vor der Periode der großen Juristen, welche nichts von der freien Stellvertretung wissen, herrührt. Nach allem diesem ist das Resultat, daß das Institut der Stellvertretung noch unter Justinian im wesentlichen in einer Modification des alten Grundsatzes durch die prätorischen Klagen bestand. Neben diesen prätorischen Klagen hatte übrigens der dritte Contrahent eine condictio gegen den Geschäftsherrn. Mit dieser verhielt es sich folgender Maßen[72]). Die Klage des Dritten gegen den Stellvertreter wurde consumirt, sobald er seine actio adiectitiae qualitatis gegen den Geschäftsherrn anstellte, und umgekehrt ging die letztere durch Erhebung der Contractsklage gegen den Stellvertreter verloren. Diese Grundsätze mußten bald als unbequem erscheinen, daher man sie zu beseitigen suchte. Dies wurde dadurch verwirklicht, daß man neben den actiones adiectitiae qualitatis, und zwar unter den Voraussetzungen dieser Klagen, dem Dritten eine condictio gegen den Geschäftsherrn verstattete, welche jenen Consumtionsgrundsätzen nicht unterlag, weil sie nicht mit der Contractsklage gegen den Stellvertreter dieselbe intentio, sondern eine ganz selbstständige intentio hatte. Die condictio konnte aber eben deshalb, weil sie ganz nach den Grundsätzen der actiones adiectitiae qualitatis zu beurtheilen war, diese nicht verdrängen, weil man jedesmal, wenn es sich fragte, ob die fragliche condictio begründet sei, auf die Grundsätze jener Klagen zurückkommen mußte. Savigny erklärt die condictio auf andere Weise[73]). Nach ihm bezieht sich die condictio nur auf Fälle, in welchen der Sohn oder Sclave ein Gelddarlehn mit des Hausvaters Willen oder zu dessen Vortheil aufgenommen hat; durch diese Handlung sei dem Hausvater das Eigenthum des Geldes erworben und so gegen ihn zugleich die Darlehensklage unmittelbar begründet worden. Allein, wie Ruhstrat ganz mit Recht bemerkt, lehrt schon der bloße Anblick der betreffenden Institutionenstelle[74]), daß diese Ansicht der Begründung ermangelt. Justinian spricht hier ganz deutlich aus, daß in allen Fällen, wo mit der actio institoria, exercitoria, de in rem verso oder quod iussu geklagt werden könne, auch die condictio stattfinde. Sodann ist es aber auch unrichtig, daß der Dritte in Darlehensfällen neben der actio de in rem verso auch die in solidum gehende Darlehensklage gegen den Gewalthaber habe anstellen können. Der Grundsatz, daß der Gewalthaber durch Verträge seiner Untergebenen nur berechtigt, nicht verpflichtet werden könne, galt ebenfalls für Darlehen. Hatte der Untergebene ohne Auftrag des Gewalthabers zu dessen Vortheil ein Darlehn aufgenommen, so fand gegen letzteren nur eine Klage statt, wenn und soweit dasselbe in den Nutzen

72) Siehe Ruhstrat a. a. O. S. 40 flg.
73) Savigny a. a. O. S. 34.
74) §. 8. Inst. IV. 7.

des Gewalthabers verwendet oder wenn ein Peculium vorhanden war. Die exceptio SC. Macedoniani hatte der Hausvater nur gegen die actio de peculio des Dritten nöthig. Hätte der Gewalthaber aus Darlehensverträgen seiner Sclaven stets mit der Darlehensklage auf das Ganze in Anspruch genommen werden können, so müßte doch davon irgendwo in den Quellen die Rede sein.

Heutiges Recht. Bevor die vom römischen Rechte abweichenden Grundsätze des heutigen Rechtes über die Stellvertretung bei Verträgen dargestellt werden, ist ein kurzer Abriß der Dogmengeschichte in dieser Lehre seit der Zeit der Glossatoren vorauszuschicken[75]). Schon zu den Zeiten der Glossatoren bildet die Frage über den Umfang, in welchem die Stellvertretung im neuesten römischen Rechte zulässig sei, einen Gegenstand der Controverse. Es finden sich darüber verschiedene Theorien[76]). Was die praktischen Resultate anlangt, welche sich aus diesen Theorien ergeben[77]), so ist zunächst zu beachten, daß die Glossatoren die Regel des römischen Rechtes, daß Niemand einem Dritten etwas stipuliren kann, zu dem Satze verflüchtigen, daß die verba obligativa einer Stipulation nicht auf den Namen des Dritten gerichtet werden dürfen. Wenn Bartolus die Verträge des Tutors, Curators und Actors zu den Ausnahmen selbst dieser formellen Regel zählt, so findet er damit freilich nicht allgemeinen Anklang; jedoch erkennen auch seine Gegner — Baldus an ihrer Spitze — an, daß die genannten Personen bei Eingehung von Verträgen für die von ihnen Vertretenen die verba executiva auf die Person der letzteren stellen können. Die Anhänger beider Ansichten berufen sich auf L. 5. §. 9. D. 13. 5., indem sie das in dieser Stelle in Betreff des Constitutums Ausgesprochene auf alle Verträge des Tutors, Curators und Actors ausdehnen. Sie kommen damit in der allgemeinen Anerkennung der Rechtsgiltigkeit und Klagbarkeit der von diesen für die von ihnen Vertretenen geschlossenen Verträge überein. Auch die beschränkende Ansicht des Baldus enthält praktisch diese Anerkennung und rettet für die entgegenstehende römische Rechtsregel blos ein inhaltloses Scheindasein durch die Forderung, daß die verba obligativa nur auf den Stipulanten selbst gerichtet werden sollen. Daß der Procurator dem Principal nicht stipuliren kann, wird im Princip von den zur Frage stehenden Juristen ebenso festgehalten, wie von ihnen für den Fall, daß bei der Stipulation des Procurators die verba executiva auf den Principal gerichtet sind, ein pecuniäres Interesse des ersteren an der Leistung als Erforderniß für die Klagbarkeit des Vertrages verlangt wird. In die Consequenz des letzteren Satzes bringt aber schon die von Baldus, Paulus de Castro und Jason Maynus

75) Vgl. darüber Buchka a. a. O. §. 15—20.

76) Die verschiedenen Theorien der Glossatoren stellt Buchka a. a. O. §. 15 dar.

77) Siehe Buchka a. a. O. §. 16.

vertheidigte Ansicht eine Lücke, daß die Leistung an den Principal für den Procurator stets vermöge seines Amtes ein Interesse habe. Viel tiefer wird das römische Recht noch durch die Ansicht des Bartolus verletzt, nach welcher der Procurator befähigt sein soll, dem Principal ebenso, wie der Bote, für die Fälle einen directen Erwerb zu verschaffen, wo es sich um ein für den Procurator selbst nicht erwerbbares Recht handelt. Bartolus durchbricht damit das römische Princip in einer Weise, welche klar darthut, daß dasselbe für ihn überall keine Realität hat, sondern als die Vorschrift des formellen Buchstabens überhaupt nur so lange beachtenswerth erscheint, als es nicht zu praktischen Beschränkungen der Repräsentation des Principals durch den Procurator führt. Daß aber überhaupt die Glossatoren und Commentatoren den in Frage stehenden Bestimmungen des römischen Rechtes in der Anwendung auf den Procurator nur eine äußerlich formelle Bedeutung beilegen, zeigt sich aus der Art, wie sie die Stipulation behandeln, durch welche Jemand im Namen eines Dritten sich etwas versprechen läßt. Von Accursius an herrscht die allgemeinste Uebereinstimmung über die Giltigkeit der Stipulation: Promittis mihi recipienti nomine eius (oder pro eo)? Denn hier ist sowohl die obligatio als auch die executio formell auf den Namen des Stipulanten gerichtet und es liegt folglich nach der blos äußerlichen Auffassung des römischen Rechtes gar nicht der Fall vor, daß einem Dritten stipulirt wird. Wenn nun Jemand sich im Namen eines Anderen etwas versprechen läßt, so ist es nach dem klaren Wortlaute des Vertrages nicht auf eigenen Vermögenserwerb des Stipulanten, sondern auf die Begründung eines Forderungsrechtes für den Dritten abgesehen. Dennoch ein pecuniäres Interesse des Stipulanten als Bedingung für die Wirksamkeit dieser Stipulation zu fordern, würde dem innersten Wesen derselben widersprechen und es erklärt daher schon Accursius, daß in dem in Frage stehenden Falle für die Giltigkeit der Stipulation nichts auf ein Interesse des Stipulanten ankommt. Diese Ansicht des Accursius blieb bei den Commentatoren die herrschende. Bartolus erweitert dieselbe sogar dahin, daß er das Erforderniß eines pecuniären Interesse überhaupt nur dann für nothwendig erklärt, wenn der Stipulant sich die Leistung an den Dritten zu dem Zwecke hat versprechen lassen, um selbst die Klage zu erwerben. Die concrete Wirkung der Stipulation: Promittis mihi recipienti nomine eius? wird von der Glosse und ihren Nachfolgern in die Begründung der actio directa für den Stipulanten gesetzt; die Klage muß jedoch dem Principal cedirt werden oder wird beziehungsweise demselben ohne weiteres als actio utilis gegeben. Formell ist mit dieser Ansicht allerdings dem römischen Rechte genügt, welches den Erwerb einer Klage für den Dritten nicht anders zuläßt, als nachdem sie durch die Person des Paciscenten hindurchgegangen ist. Allein das römische Recht setzt ein wirkliches Durchgehen des Forderungsrechtes durch die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Paciscenten voraus und verlangt daher das Dasein

eines pecuniären Interesse, d. h. die concrete Fähigkeit des Vertragsobjectes, Bestandtheil des Vermögens des Paciscenten werden. Indem die vorliegende Ansicht der Glosse davon absieht, behandelt sie die Begründung der actio directa für den Paciscenten sowie das Erforderniß der Cession an den Dritten als eine bloße Förmlichkeit und erkennt dem praktischen Erfolge nach den directen Erwerb des Forderungsrechtes durch einen Stellvertreter als möglich an. Am meisten wurde die Stellvertretung bei Abschließung von Verträgen zu Gunsten Anderer dadurch ermöglicht, daß die Stellung, welche im römischen Rechte der Sclave für die Vermittelung des Geschäftsverkehres hatte, nach der schon von Accursius gebilligten Auffassung des tabellio, als eines servus publicus, auf den Notar überging, und daher Verträge, welche ein Notar auf den Namen eines Dritten abschloß, zu Gunsten des Dritten für wirksam erachtet wurden, der daraus nach dieser Auffassung eine utilis actio erwarb. Was das Verhältniß des kanonischen Rechtes zu den römischen Regeln über die Abschließung von Verträgen zu Gunsten eines Dritten betrifft[78]), so tritt in den Bestimmungen der Päbste die moderne Rechtsansicht von der allgemeinen Zulässigkeit der Stellvertretung bei rechtlichen Handlungen mannigfach hervor, obgleich das römische Recht in dem in Frage stehenden Punkte nirgends direct abgeändert ist. So kann die Investitur an einem Stellvertreter desjenigen, welcher ein beneficium erhalten soll, geschehen[79]). Ist kein Mandat vorhergegangen, so bedarf es für den wirklichen Erwerb der Pfründe der nachfolgenden Genehmigung; jedoch auch vor derselben darf der Bischof die Pfründe nicht an einen Anderen übertragen, falls derjenige, zu dessen Gunsten die erste Investitur geschehen ist, nicht die ihm ausdrücklich zur Erklärung seiner Einwilligung gesetzte Frist hat ungenutzt verstreichen lassen[80]). Die Abschließung der Ehe durch einen Specialmandatar wird für zulässig erklärt[81]). Als Rechtsregeln werden in der Reg. 68. und der Reg. 72. de regul. iur. in VI. (V. 12.) die Sätze hingestellt: Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum, und: Qui facit per alium est perinde, ac si faciat per se ipsum. In einer anderen Stelle[82]) wird es als etwas nach dem bestehenden Rechte Unzweifelhaftes betrachtet, daß durch den Vertrag des servus publicus, womit offenbar der Notar gemeint ist, dem abwesenden Dritten das Recht aus dem Vertrage erworben wird. Endlich ist noch von Bedeutung, daß es in der Eidesformel, welche in einer Stelle des Decretes[83]) für die vom Verbrechen des Schisma Bekehrten vorgeschrieben wird, heißt: atque promitto tibi et per te sancto Petro Apostolorum Principi atque eius Vicario beatissimo

---

78) Vgl. Buchka a. a. O. §. 17.
79) Cap. 24. X. III. 5.
80) Cap. 17. de praebend. in VI. (III. 4.)
81) Cap. 9. de procurat. in VI. (I. 19.)
82) Cap. 2. de usuris in VI. (V. 5.)
83) C. IX. caus. I. qu. VII.

Gregorio vel successoribus eius [84]). Sehr merkwürdig ist die Glosse zu dieser Stelle [85]), weil in dieser die Behauptung aufgestellt wird, daß der Vertrag zu Gunsten eines Dritten nach kanonischem Rechte giltig sei. Diese Behauptung wurde unter den Kanonisten, wie unter den Legisten vielfacher Gegenstand des Streites. Außer den bereits angeführten Stellen machten die Vertheidiger der bejahenden Ansicht besonders des cap. 1. X. I. 35. für sich geltend, da nach demselben bei den Verträgen nur auf die Erhaltung der Treue gesehen werde. Ist nun freilich unverkennbar, daß das kanonische Recht in dieser Stelle, wie auch sonst durchgehends bei der Beurtheilung von Vertragsverhältnissen das Hauptgewicht auf die Handlung des Promittenten legt und immer mit besonderem Nachdrucke die Verpflichtung zur Heilighaltung des gegebenen Wortes hervorhebt, so ist doch nirgends im kanonischen Rechte die Theilnahme des Acceptanten an dem Vertrage für unerheblich erklärt und es wird daher durch den allgemeinen Ausdruck des cap. 1. cit. ebensowenig wie durch die übrigen angeführten Stellen die Frage entschieden, ob der Vertrag, welchen zwei zu Gunsten eines Dritten mit einander abschließen, ohne irgend eine weitere Vermittelung dem Letzteren ein Recht verschaffen könne. Die insbesondre von Zasius vertheidigte Mittelmeinung, nach welcher wenigstens die denunciatio evangelica zulässig sein soll, wenn der Promittent das zu Gunsten eines Dritten gegebene Versprechen nicht erfüllt, verläßt das Gebiet des äußeren Rechtes, indem sie von dem religiösen Gesichtspunkte ausgeht, daß die Sünde, welche man durch Nichthalten seines Wortes begehe, beseitigt werden müsse. Bei erfolgter eidlicher Bekräftigung von Seiten des Promittenten führt das kanonische Princip von der rechtlichen Unverbrüchlichkeit des Eides mit Nothwendigkeit zur Anerkennung des Vertrages, welcher zu Gunsten eines Dritten eingegangen worden ist. Die herrschende Ansicht sprach sich auch von der frühesten Zeit her in diesem Sinne aus. Sie beruhte hauptsächlich auf der Auffassung des Eides als einer nova obligationis causa; eine Auffassung, deren Richtigkeit vom Standpunkte des kanonischen Rechtes unbestreitbar ist, die aber keinen Anspruch auf gemeinrechtliche Giltigkeit hat. Von den Juristen, deren Wirksamkeit sich in das 16. Jahrhundert hineinerstreckt, steht Alciatus in seinen Ansichten den Vorgängern am nächsten [86]). Die von ihm und Zasius wiederholte Ansicht der Glosse über die Giltigkeit der Stipulation, mittelst welcher sich Jemand im Namen eines Anderen etwas versprechen läßt, wird von vielen Juristen getheilt. Die Namen des Cujacius und Donellus bezeichnen auch in dieser Lehre einen unermeßlichen

84) Vgl. auch cap. 20. X. III. 32.: verbi resignando illud in manibus alterius ex Sacerdotibus supradictis, qui in personam Ecclesiae resignationem huiusmodi recipere procuravit.

85) Die Stelle ist abgedruckt bei Buchka a. a. O. S. 147.

86) Die Ansichten der Juristen seit dem 16. Jahrhundert bis in die neuere Zeit stellt dar Buchka a. a. O. §. 18.

Fortschritt in der richtigen Erkenntniß des römischen Rechtes. Während der Erstere sich besonders durch seine vielfachen Commentare der einschlagenden Stellen um die Exegese der Quellen bleibend verdient gemacht hat, hat der Letztere die in Frage stehende Lehre des römischen Rechtes mit voller Klarheit in ihrem systematischen Zusammenhange aufgefaßt und dargelegt. Beide haben auf die Bedürfnisse und Zustände der Praxis keine Rücksicht genommen, sondern beide betrachten das römische Recht in der Reinheit, in welcher es von ihnen aus dem Corpus iuris civilis erkannt worden ist, als die bindende Norm des Rechtslebens. Die sehr lästigen Hemmungen, welche die Anwendung der Bestimmungen des reinen römischen Rechtes für den Geschäftsverkehr, besonders nach dem Verschwinden der Sclaverei unter den germanischen Völkern zur Folge haben mußte, leuchten von selbst ein, und es kann daher nicht befremden, daß die Lehre des Donellus auf die Praxis ohne Einfluß war, sondern sich vielmehr gegen das von demselben dargestellte reine römische Recht eine Reaction des praktischen Rechtsbewußtseins bildete. Im 17. Jahrhundert entscheidet sich der Sieg dieser Reaction in der Praxis; vom Anfange des 17. Jahrhunderts an bis in das 19. Jahrhundert hinein stellt die communis opinio der teutschen und niederländischen Juristen die Reception der römischen Rechtsregel: Alteri neminem stipulari posse, in Abrede und vertheidigt auf Grund eines dem römischen Rechte widersprechenden Gewohnheitsrechtes die Giltigkeit der zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Verträge[87]). Zur Rechtfertigung der vom römischen Rechte abweichenden Praxis wird besonders die schon von Tacitus gelobte Treue der Teutschen geltend gemacht, welche die Heilighaltung jedes gegebenen Versprechens erfordere. Hamberger[88]) bezieht sich zur Unterstützung auf das sächsische Lehenrecht Cap. 36. Andere berufen sich, um die Existenz der vom römischen Rechte abweichenden germanischen Rechtsansicht darzuthun, auf den bekannten Satz des Lehenrechtes, daß, wenn ein Lehenherr Jemandem ein Lehen als ein feudum antiquum verleiht, auch die Agnaten des Letzteren aus der Investitur desselben ein Successionsrecht erhalten. Brunnemann[89]) weist auf die Analogie der staatsrechtlichen Bündnisse und Friedensverträge mit der Bemerkung hin, daß man verlacht werden würde, wenn man gegen die Rechtsgiltigkeit der in denselben vorkommenden Verabredungen de iure tertii aus dem Grunde des Civilrechtes, daß Niemand einem Anderen stipuliren könne, Einwendungen machen wollte. Ueberhaupt hatte man aber das Verständniß der römischen Regel von der Unzulässigkeit der Stipulation zu Gunsten eines Dritten

87) Zahlreiche Citate für diese gemeine Meinung giebt Buchka a. a. O. §. 18, N. 17, S. 158—160.

88) Hamberger, diss. de non usu stipulationis usuque pactorum in for. German. Cap. III. §. 7.

89) Brunnemann, Comment. in L. 3. C. de inutil. stipul. (VIII. 38. (39.)) n. 5.

verloren, und man faßte diese Regel als eine willkürliche und der simplicitas iuris naturalis widersprechende Satzung auf. Die inneren Gründe, aus welchen die naturrechtliche Betrachtung die Wirksamkeit der Verträge zu Gunsten eines Dritten ableitet, bestehen theils in der Hinweisung auf die verbindende Kraft eines jeden acceptirten Versprechens, theils in der Hervorhebung des sittlichen und religiösen Interesse, welches jeder daran haben müsse, Anderen eine Wohlthat zu erweisen. Ihre speciellere Ausbildung verdanken diese naturrechtlichen Ansichten vor Allen dem Hugo Grotius[90]). Wegen der weiteren verschiedenen Ansichten bis auf die neuere Zeit ist auf die Schrift von Buchka zu verweisen. Unter den neueren Juristen ist Savigny derjenige, der schon für das Justinianeische Recht die Zulassung freier Stellvertretung bei formlosen Verträgen behauptet, während für förmliche Verträge, wozu allein die Stipulationen gehörten, der alte römische Grundsatz fortwährend gegolten habe; wegen des Verschwindens der Stipulationen im heutigen Rechte gelte nun das, was im Justinianeischen Rechte bei formlosen Verträgen gegolten habe, im heutigen Rechte von allen Verträgen. Für das heutige Recht ist nun aber die Zulassung freier Stellvertretung allgemein anerkannt. Ebenso erkennen Alle außer Savigny an, daß diese Zulassung auf einer seit Jahrhunderten bestehenden Praxis, also auf Gewohnheitsrecht, beruhe. Fragt man nun, wie man zu diesem vom römischen Rechte abweichenden Rechtssatze gekommen sei, so dürfte wohl zuvörderst die im Staats- und Völkerrechte auch im Alterthum allgemein anerkannte und auch das ganze Mittelalter hindurch beobachtete Sitte, Verträge, Bündnisse, Friedensschlüsse durch Mittelspersonen, durch Bevollmächtigte, einzugehen, nicht ohne Einfluß auch für das Privatrecht gewesen sein. Es war sehr leicht, daß, wenn man das Princip freier Stellvertretung bei den weit wichtigeren Verträgen des Staats- und Völkerrechtes in unbeschränkter Geltung sah, man es umsomehr für die weniger wichtigen Verträge des Privatrechtes anwendbar hielt. Dazu kam die dem teutschen Rechtsbewußtsein fremde Form der Stipulation, welche nie Anerkennung gefunden hat. Das Princip freier Stellvertretung bei privatrechtlichen Verträgen scheint auch lange schon anerkannter Rechtssatz gewesen zu sein, ehe durch die Glossatoren und ihre über das römisch-justinianeische Recht aufgestellten Theorien darauf hingearbeitet wurde, dieses Princip auch aus dem römischen Rechte zu begründen. Ein bestimmtes Zeugniß für die Giltigkeit dieses Principes findet sich in dem longobardischen Lehenrechte, wo die unbeschränkte Zulassung eines Procurators sowohl zur Vornahme als zum Empfange der Investitur ausgesprochen wird[91]). Da durch die Investitur gegenseitige Rechte und Verpflichtungen des Lehenherrn

---

90) De iure belli et pacis lib. II. cap. XI. §. 18.

91) II. Feud. 3. §. 3.: Sed utrumque ipse vel alius pro te investituram faciat vel suscipiat, nihil interesse putamus; potest enim hoc negotium et per procuratorem ab utraque parte expediri.

und des Vasallen begründet werden, sie also ohne Zweifel unter die Verträge zu rechnen ist, so haben wir hier ein Beispiel der unbeschränkten Zulassung freier Stellvertretung, wodurch der Mandant direct sowohl Rechte erwirbt, als direct verpflichtet wird, bei einem der im Mittelalter wichtigsten Verträge, ein Beispiel, welches um so wichtiger ist, je größer der Umfang des Lehenwesens im Mittelalter war. Diese Anerkennung des Princips freier Stellvertretung fällt aber in eine Zeit, wo die Glossatoren anfingen, die entgegenstehenden Bestimmungen des römischen Rechtes so auszulegen, daß auch nach diesen Auslegungen die Zulassung freier Stellvertretung bei Verträgen ermöglicht wurde. Es war also die freie Stellvertretung bei Verträgen ein schon zur Zeit der Glossatoren bestehender und anerkannter Rechtssatz und die Glossatoren haben ihn durch ihre Auslegung der römischen Rechtsquellen nicht erst eingeführt, sondern sie haben diesen den Bestimmungen des römischen Rechtssatzes widerstrebenden und schon in der Praxis zu ihrer Zeit anerkannten Rechtssatz aus dem römischen Rechte zu rechtfertigen, mit demselben durch ihre Auslegungen und Theorien in Einklang zu bringen gesucht. — Gehen wir nun zu der Entwickelung der Grundsätze des heutigen Rechtes rücksichtlich der Stellvertretung selbst über, so ist darüber Folgendes zu bemerken[91a]). Jeder Mandatar, welcher als solcher contrahirt, steht jetzt regelmäßig mit dem Boten auf gleicher Stufe, insofern er nur Instrument des Geschäftsherrn ist und durch seine Verträge nicht persönlich verpflichtet wird. Der Geschäftsherr selbst ist juristisch der Mitcontrahent des Dritten. Durch den Auftrag, für ihn mit Dritten zu contrahiren, stellt er sich von vornherein als rechtlichen Mitcontrahenten jedes Dritten hin, welcher sich veranlaßt finden sollte, mit dem Mandatar zu contrahiren. Der Dritte, welcher mit dem Mandatar als solchem contrahirt und dessen Propositionen annimmt, acceptirt damit in Wirklichkeit die im voraus abgegebene Willenserklärung des Principals, nach welcher der bei dem Contrahiren erklärte Wille des Mandatars sein, des Principals Wille ist[92]). Der Geschäftsherr contrahirt also in den Fällen, wo ein genereller Mandatar als solcher Verträge für ihn schließt, regelmäßig mit unbekannten unbestimmten Personen. Es geht daraus von selbst hervor, daß man nach heutigen Rechtsansichten mit unbestimmten Personen contrahiren kann[93]), was nach römischem

---

91a) Vgl. besonders Ruhstrat a. a. O. S. 42 flg.

92) Es bedarf daher auch der von Buchka a. a. O. S. 236 behaupteten rechtlichen Fiction, vermöge welcher der Principal als Contrahent anzusehen sei, nicht. Vgl. Ruhstrat a. a. O. S. 42, N. 2. Oldenb. Archiv Bd. 5, S. 89 flg. Schon Thöl, Handelsrecht Bd. 1, §. 25, N. 1 hat diese Fiction bestritten.

93) Ueberhaupt ist von Dernburg, krit. Zeitschrift Bd. 1, S. 19 mit Recht behauptet worden, daß der römische Grundsatz, wornach der Consens immer nur zu einem bestimmten Geschäfte gegeben werden kann, aus unserem Rechtsbewußtsein vollständig verschwunden ist. Denn daran zweifelt Niemand, daß bei Aussetzungen eines Preises für die Anzeige oder Zurückgabe einer gestohlenen

Rechte nicht erlaubt war. Hätten die Römer schon den heutigen unbeschränkteren Begriff des Boten gekannt, so hätten sie eben deshalb auch das Contrahiren mit unbestimmten Personen für zulässig gehalten. Savigny geräth mit sich in Widerspruch, wenn er anerkennt, daß zwischen dem Mandanten und dem ihm ganz unbekannten Dritten, mit welchem der Generalmandatar ohne Vorwissen des Mandanten contrahirt, ein directes Vertragsverhältniß entsteht und dennoch das Contrahiren mit unbestimmten Personen für unzulässig hält. Savigny vermeidet es freilich, ausdrücklich anzuerkennen, daß ein genereller Mandatar mit Dritten wirksam für den Mandanten contrahiren kann, ohne sich selbst verbindlich zu machen. In der Entwickelung seines Begriffes des Boten, wo er in Beispielen dem Boten immer mehr Spielraum giebt, legt er stets nur ein specielles Mandat zu Grunde[94]) und er bemerkt[95]): bei der Stellvertretung für ein einzelnes Rechtsgeschäft werde es sich fast immer so verhalten, daß man nicht daran denke, dem Vertreter Rechte einzuräumen, dieser vielmehr im Namen des Mandanten aufzutreten habe und die Gegenpartei ihn nicht als ihren Contrahenten ansehe; bei einer viele Geschäfte umfassenden Vertretung, wie die des Institor ist, werde es sich oft ganz anders verhalten; hier werde vielleicht der dritte Contrahent nur den Institor kennen und ihm persönlich vertrauen; das Eigenthum des Geschäftes könne unbekannten, entfernten Personen, vielleicht einer Societät, zustehen. Diese Bemerkung ergiebt, so unbestimmt sie auch ist, daß Savigny sich genöthigt sieht, anzuerkennen: auch ein genereller Mandatar solle und könne unter Umständen als solcher für den Geschäftsherrn contrahiren, ohne sich selbst verbindlich zu machen. Darauf führt auch mit Nothwendigkeit der Satz, den er aufstellt, daß sich eine scharfe Grenze zwischen den mannigfaltigen Fällen hier nicht ziehen lasse. Wenn er also anerkennt, daß ein Vertreter unter Umständen wirksam mit Personen contrahiren kann, welche dem Geschäftsherrn gänzlich unbekannt sind und daß derselbe durch solche Contracte den Geschäftsherrn direct verpflichten kann, ohne sich selbst verbindlich zu machen, so müßte er auch consequenter Weise zugeben, daß es nicht durchaus unstatthaft sei, mit unbestimmten Personen zu contrahiren. Dies giebt er aber nicht zu, weil das römische Recht ein solches Contrahiren überall nicht gestattet. Er legt damit dem römischen Rechte einen Widerspruch zu Last, indem er einmal annimmt, der Mandant könne nach römischem Rechte durch Vermittelung eines nuncius mit unbestimmten Personen contrahiren, und dann behauptet, nach römischem Rechte könne mit unbestimmten Personen gar nicht contrahirt werden. Jede Schwierigkeit löst sich ein-

---

oder verlorenen Sache dem Anzeiger oder Finder eine Klage auf den Preis zusteht.

94) Savigny a. a. O. S. 58, 59.

95) A. a. O. S. 61, N. b.

fach dadurch, wenn man von der richtigen Ansicht ausgeht, nach welcher ein Stellvertreter noch nach Justinianeischem Rechte den Geschäftsherrn nicht direct verpflichten konnte und erst das heutige Recht die directe Vertretung zur Anerkennung gebracht, damit aber zugleich die römische Bestimmung beseitigt hat, nach welcher mit unbestimmten Personen nicht contrahirt werden durfte. Ferner ist in Betreff der von Savigny so sehr betonten Unterscheidung, ob der Stellvertreter in seinem Namen oder im Namen des Mandanten contrahirt hat, noch Folgendes zu bemerken. Vollständig ist ihm darin beizupflichten, wenn er darauf Gewicht legt, ob der Stellvertreter dem Dritten gegenüber als Vertreter contrahirt hat. Diesen Gegensatz erkannten nach der obigen Ausführung auch schon die Römer als wichtig an, indem sie nur da, wo der Vertreter als solcher aufgetreten war, dem Dritten eine in solidum gehende Klage gegen den Geschäftsherrn gestatteten. Die weitere Behauptung Savigny's, daß der Vertreter nur dann als solcher aufgetreten sei, wenn er im Namen des Geschäftsherrn contrahirt habe, ist, wenn man sie wörtlich versteht, unrichtig. Soll sie nicht wörtlich verstanden werden, so mußte, zur Vermeidung von Mißverständnissen, angegeben werden, wie man sie zu verstehen habe. Wenn der dritte Contrahent und der Stellvertreter bei dem Contrahiren darin einverstanden sind, daß der Vertreter als solcher handele, so ist es völlig gleichgiltig, ob der Contract auf den Namen des Vertreters oder auf den des Principals gestellt wird. Bedient der Vertreter sich seines eigenen Namens, so soll nach jener Uebereinkunft unter diesem Namen nicht die Person des Vertreters verstanden werden, sondern die des Principals. Jene Vereinbarung hat im Sinne des heutigen Rechtes die Wirkung, daß jedesmal, wenn während der Contractsverhandlungen der Name des Vertreters gebraucht wird, unter diesem Namen die Person des Principals verstanden werden muß, und daß bei diesem Namen immer hinzuzudenken ist: in seiner Eigenschaft als directer Vertreter des Geschäftsherrn. Hiernach ist in dem von Savigny bezeichneten Gegensatze das Gewicht nicht darauf zu legen, ob der Vertreter in seinem Namen oder in dem des Principals contrahirt hat, sondern darauf, ob man bei dem Abschlusse des Vertrages ausdrücklich oder stillschweigend darin übereingekommen ist, daß der Vertreter in seiner Eigenschaft als solcher handeln solle und wolle. Nehme man folgenden Fall. Ich habe dem A. ein generelles Mandat ertheilt in der Art, wie solche Vollmachten gewöhnlich vorkommen, in folgender Weise: „Ich N. N. bevollmächtige hierdurch den A., alle mein Vermögen (oder gewisse Vermögenstheile, z. B. eine Erbschaft) betreffende Angelegenheiten für mich wahrzunehmen, namentlich Processe zu führen, Geständnisse abzulegen u. s. w., ferner Verträge aller Art, insbesondre öffentliche und Privatverkäufe u. s. w. nach seinem Ermessen abzuschließen. Ob A. in seinem oder in meinem Namen contrahiren soll, darüber habe ich nichts bestimmt, woraus von selbst folgt, daß er es damit halten kann

wie er will[96]). A. findet es rathsam, eine bestimmte Sache des B. für mich zu kaufen. Er legt diesem seine Vollmacht vor und erklärt, die fragliche Sache für mich kaufen zu wollen. Nachdem B. die Vollmacht für genügend befunden hat, schreitet man zur Verhandlung, während welcher der Mandatar meinen Namen nicht mehr nennt, sondern so spricht: ich stelle diese, ich stelle jene Bedingung, bis er am Ende erklärt: also gebe ich Ihnen für diese Sache 1000 Thlr.; B. erwiedert: ich überlasse Ihnen die Sache für 1000 Thlr. Dieser Vertrag ist im Namen des A. verhandelt und abgeschlossen; denn A. hat die Bedingungen in seinem Namen gestellt und die schließliche Einwilligung in seinem Namen erklärt. Dennoch hat A. fortwährend als mein directer Stellvertreter gehandelt; denn das „ich", dessen er sich bediente, sollte nichts bedeuten, als meine Person. Es mußte stets hinzugedacht werden: ich in meiner genannten Eigenschaft als Vertreter. Indem A. vor der Verhandlung zu B. sagte, daß er für mich kaufen wolle, erklärte er einschließlich: wenn ich mich während der Verhandlung meines Namens bediene, so haben Sie meinen Mandanten darunter zu verstehen. Daß dies richtig sei, wird wohl von Niemandem bestritten werden können. Hiernach muß aber anerkannt werden, daß es gleichgiltig ist, ob der Mandatar sich bei dem Contrahiren seines eigenen Namens oder des Namens seines Mandanten bedient, wenn nur im ersten Falle vereinbart ist, daß mit dem Namen des Mandatars die Persönlichkeit des Mandanten gemeint sein solle. Ob dies ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist, darauf kann nichts ankommen. Es muß also auch gelten, wenn mein Vertreter dem Dritten die Vollmacht nicht vorlegt und demselben nicht erklärt, daß er für mich kaufen wolle, beide aber stillschweigend darin einverstanden sind, daß der Mandatar nicht für eigene Rechnung, sondern als mein Vertreter handele[97]). Auf die von Savigny

---

96) Selten wird eine Vollmacht vorkommen, nach welcher der Vertreter in eigenem Namen handeln soll. Gewöhnlich wird es der Willkür des Mandatars überlassen sein, ob er im Namen des Mandanten oder in seinem Namen auftreten will. Die Unterscheidung Savigny's a. a. O. S. 61, welche dahin geht: 1) der Vertreter handelt im Namen des Mandanten; 2) der Vertreter soll in eigenem Namen handeln, begreift diesen gewöhnlichsten Fall gar nicht mit. —

97) In manchen Fällen, z. B. auch da, wo mit dem Institor eines entfernten oder unbekannten Principals contrahirt ist, kann es zweifelhaft sein, ob man diese stillschweigende Vereinbarung nach den Umständen annehmen dürfe. Ist sie aber anzunehmen, so erscheint es stets gleichgiltig, ob der Institor in eigenem Namen contrahirt hat oder nicht. Wenn Savigny a. a. O. S. 61, N. h behauptet, daß der Dritte in Fällen der gedachten Art stets die Wahl habe zwischen der Contractsklage gegen den Institor und der institoria actio gegen den Mandanten, so ist der Punkt, auf welchen es eigentlich ankommt, übersehen. Wo die Umstände ergeben, daß der Institor nach stillschweigender Uebereinkunft der Betheiligten als solcher contrahirt hat, da kann nicht von der Contractsklage gegen denselben die Rede sein, mag der Principal entfernt und unbekannt sein oder nicht.

betonte Unterscheidung, ob mein Vertreter in seinem oder in meinem Namen aufgetreten ist, kommt also nichts an. Ist er in meinem Namen aufgetreten, so sind die Rechtsverhältnisse allerdings so, wie Savigny sie angegeben hat; der Dritte hat lediglich eine Klage gegen den Geschäftsherrn und eine persönliche Verbindlichkeit des Vertreters ist dann regelmäßig nicht anzunehmen. Ist der Vertreter in seinem Namen aufgetreten, so folgt daraus noch nicht, daß er persönlich verbindlich geworden sei. Es fragt sich dann immer noch, ob er und der Dritte ausdrücklich oder stillschweigend darin übereingekommen waren, daß er nicht für eigene Rechnung, sondern in seiner Eigenschaft als Stellvertreter handeln solle und wolle. Wo eine solche Uebereinkunft vorliegt, tritt keine Verbindlichkeit des Vertreters ein, sondern nur ein directes Verhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten. Wo die Uebereinkunft nicht vorliegt, tritt allerdings eine persönliche Verbindlichkeit des Vertreters ein. Der von Savigny für diesen Fall aufgestellten Behauptung, daß von dem Dritten stets die in solidum gehende actio institoria oder quasi institoria gegen den Geschäftsherrn angestellt werden könne, ist nicht beizupflichten. Wo der Vertreter dem Dritten gegenüber nicht als Vertreter aufgetreten ist, wo derselbe dem Dritten gegenüber lediglich für eigene Rechnung contrahirt hat, da ist auch im römischen Rechte dem Dritten keine in solidum gehende Klage gegen den Geschäftsherrn verstattet, und daß es sich im heutigen Rechte anders verhalte, läßt sich nicht behaupten. Hier steht nach dem früher Bemerkten dem Dritten eine Klage (nämlich die actio de in rem verso) insofern zu, als für den Mandatar eine Regreßklage gegen den Geschäftsherrn begründet ist. Will Savigny hier seine actio quasi institoria in ihrer Wirksamkeit auf dasjenige beschränken, was der Vertreter mit seiner Regreßklage fordern könnte, so würde hier im Resultate ihm beizustimmen sein; allein eine solche Beschränkung der actio quasi institoria in ihrer Wirksamkeit steht mit der Natur dieses Rechtsmittels durchaus im Widerspruche. 3) Einwirkung der Verträge auf Dritte ohne Stellvertretung. Zur Ergänzung der Lehre von der Stellvertretung ist noch der davon wesentlich verschiedene, obschon äußerlich ähnliche Fall zu erörtern, in welchem zwei Personen einen Vertrag schließen, aus welchem ein Recht oder eine Verbindlichkeit für einen Dritten dergestalt entstehen soll, daß dieser Dritte zu keinem der unmittelbar Handelnden in einem Verhältnisse der Stellvertretung steht. Dieser Fall ist so zu denken, daß Gajus dem Titius verspricht, Sejus solle eine Summe Geldes erhalten oder umgekehrt, er solle eine Summe zahlen. Hätte Sejus Auftrag zu diesem Geschäfte gegeben, so läge der Fall der Stellvertretung vor. Da er aber keinen Auftrag ertheilt hat, also nichts von dem Geschäfte wußte, so fragt es sich, ob dennoch dieser Vertrag Wirkungen habe und welche er habe? Daß ein Dritter durch fremde Personen, ohne seinen Willen, nicht verpflichtet werden kann, ist ganz unzweifelhaft und versteht sich so von selbst, daß dies

nicht einmal erwähnt wird. Wohl aber wird ausdrücklich bemerkt, daß auch derjenige, welcher die Handlung des Dritten versprach, nicht selbst verpflichtet sei[98]). Jedoch kann ein solcher Vertrag auf zwei indirecten Wegen wirksam werden, nämlich erstens, wenn ich eine Strafe für den Fall verspreche, daß der Dritte die Handlung nicht vornehmen werde[99]); zweitens, wenn ich die Handlung des Dritten zu bewirken verspreche, welchenfalls dann gegen mich eine Klage auf das Interesse der unterbliebenen Handlung zusteht[100]). In der zweiten Gestalt des Falles, wenn der Dritte ein Recht erhalten, wenn er Geld empfangen soll, könnte man wohl sich dahin neigen, den Vertrag zum Vortheil des Dritten für giltig zu halten, also diesem Dritten ein Klagrecht zu verstatten, da beide Contrahenten eingewilligt haben und von dem Dritten sich wohl annehmen ließe, daß er sich den ihm zugedachten Vortheil gern gefallen lassen werde. Gerade für diesen Fall ist aber in den Quellen des römischen Rechtes der entschiedene Satz aufgestellt, daß der Vertrag schlechthin ungiltig sein soll, sowohl für den Handelnden, welcher dem Dritten den Vortheil zuwenden wollte, als auch für den Dritten, welchem der Vortheil zugedacht war. Keinem von beiden soll ein Klagrecht aus dem Vertrage zustehen; dem Handelnden nicht, weil er für sich kein Recht erwerben wollte, dem Dritten nicht, weil der Erwerb eines Klagrechtes aus einem solchen Vertrage rechtlich unzulässig ist[101]). Der Grund dieser Regel, welche allerdings nicht wenige Ausnahmen leidet, aber darum nicht weniger feststeht, liegt darin, daß die Obligationen überhaupt, als Beschränkungen der natürlichen Freiheit, nur insoweit rechtlich geschützt werden, als das Bedürfniß des Verkehres diesen Schutz nothwendig fordert; dieses Bedürfniß aber führt nur zur Begründung von Rechten für den Handelnden, nicht auch für einen Dritten[102]). Die Regel selbst ist in verschiedenen Stellen der Quellen anerkannt[103]). Es ist auch diesfalls zwischen formellen und formlosen Verträgen kein Unterschied. Die Regel beschränkt sich nicht blos auf Klagrechte, sondern geht auch auf bloße Exceptionen, welche durch Verträge für dritte Personen erworben werden sollen[104]). Bei den Stipulationen war es streitig, wie es zu halten sei, wenn Jemand theils für sich, theils für

98) §. 3. Inst. III. 19. L. 38. pr. L. 83. pr. D. 45. 1.

99) §. 21. Inst. III. 19. L. 38. §. 2. D. 45. 1.

100) §. 3. Inst. III. 19. L. 14. §. 2. D. 13. 5. L. 81. pr. L. 83. pr. D. 45. 1. L. 19. D. 46. 8.

101) L. 26. C. V. 12. L. 6. C. IV. 50.

102) L. 38. §. 17. D. 45. 1.

103) §. 4. Inst. III. 19. Gai. Inst. Comm. III. §. 103. L. 38. §. 17. D. 45. 1. L. 9. §. 4. D. 12. 1. L. 73. §. 4. D. 50. 17. Savigny betrachtet als die wichtigste Stelle die von Paulus herrührende L. 11. D. 44. 7., welche Andere (z. B. Buchka a. a. O. S. 3) mit mehrerem Rechte auf den Fall der Stellvertretung beziehen und darin einen Beweis sehen, daß auch für die formlosen Verträge die Stellvertretung ausgeschlossen gewesen sei.

104) L. 17. §. 4. L. 21. §. 2. D. 2. 14. L. 73. §. 4. D. 50. 17.

einen Dritten stipulirt hatte. Einige gestatteten die volle Klage für den Handelnden, Andere verstatteten, wegen der buchstäblichen Natur der Stipulation, nur die Klage auf die Hälfte der Leistung und diese Meinung hat durch Justinian in den Institutionen den Vorzug erhalten[105]). Aus einem formlosen Vertrage hingegen, bei welchem eine freiere Beurtheilung stattfindet, soll in einem solchen Falle die volle Klage für den Handelnden entstehen, so daß die Hinzufügung des Dritten als nicht geschehen betrachtet wird[106]). Was die Ausnahmen der Regel betrifft, so sind die meisten und wichtigsten nur scheinbar, indem dabei entweder der Dritte gar nicht als eigentlicher Gläubiger oder der Handelnde nicht als wahrer Contrahent, sondern als ein (mehr oder weniger versteckter) Stellvertreter zu betrachten ist, so daß in beiden Fällen die wahre Bedingung der Regel gar nicht vorhanden ist. Die verschiedenen Ausnahmsfälle sind folgende: a) Fälle, in welchen der Handelnde ein Klagrecht erwirbt, der Dritte aber nicht. aa) Wenn nach dem Inhalte des Vertrages der Dritte nicht als Berechtigter, als Gläubiger, gelten soll, sondern als eine Person, welcher die versprochene Leistung ebenso giltig soll geschehen können, wie dem Gläubiger selbst[107]). Dieses ist keine wahre Ausnahme der aufgestellten Regel, sondern eine besondere Bestimmung über die Beschaffenheit der Leistung. Die Absicht derselben muß sich aber aus dem Inhalte des Vertrages sicher ergeben, und sie ist nicht blos vorzugeben zur Aufrechterhaltung eines Vertrages, der in der That unter die Bedingungen der Regel fällt und daher ungiltig ist. bb) Fälle, in welchen die an den Dritten vorzunehmende Leistung zum Vortheile des Handelnden, nicht des Dritten, gereicht. Dahin gehört, wenn der Dritte der Gewalt des Handelnden unterworfen war, weil ein solcher überhaupt nichts für sich, sondern Alles für den Gewalthaber, der hier den Vertrag schloß, erwerben konnte und mußte; ingleichen, wenn der Dritte der Verwalter oder Rechnungsführer des Handelnden ist, also das Werkzeug, wodurch dieser die Leistung erhält; endlich wenn der Dritte der Gläubiger des Handelnden ist, welcher durch die Leistung abgefunden werden soll, so daß die Leistung dennoch allein zum Vortheil des Handelnden gereicht[108]). Die Fälle dieser zweiten Klasse unterscheiden sich nicht wesentlich von dem Falle der ersten Klasse (dem des adiectus), meistens nur durch den ganz äußerlichen Umstand, daß die Aufnahme eines adiectus im Interesse des Schuldners zu dem Zwecke, diesem die Leistung zu erleichtern, geschieht. cc) Endlich läßt sich auf

---

105) Gai. Inst. Comm. III. §. 103. L. 110. pr. D. 45. 1. §. 4. Inst. III. 19.

106) L. 64. D. 18. 1.

107) §. 4. Inst. III. 19. L. 56. §. 2. 3. L. 141. §. 4. 7. 8. 9. D. 45. 1. Der Dritte wird von den Neueren hier adiectus solutionis gratia genannt. Vgl. darüber Rechtslexikon Bd. I, S. 132 flg.

108) §. 4. 20. Inst. III. 19. L. 38. §. 20—23. L. 39. 40. D. 45. 1. L. 27. §. 1. D. 2. 14.

indirecte Weise der Zweck dadurch erreichen, daß die Leistung an den Dritten nicht als Recht dieses Dritten, sondern als Bedingung ausgedrückt wird, durch deren Nichterfüllung der Gläubiger berechtigt werden soll, eine Strafe von dem Schuldner zu fordern[109]). b) Fälle, in welchen der Dritte ein Klagrecht erwirbt, der Handelnde aber nicht. aa) Wenn der unter fremder Gewalt Stehende sich etwas versprechen ließ, so erwarb dadurch der Gewalthaber stets eine Klage[110]). Dieser Fall enthält nur eine scheinbare Ausnahme, indem der Abhängige hier stets Stellvertreter des Gewalthabers war, gleichviel, ob er dieses aussprach, ja ob er es wollte oder nicht. bb) Wichtiger ist der Fall, wenn der anfangs zum Vortheil eines Dritten, ohne Stellvertretung, geschlossene Vertrag später in ein Verhältniß der Stellvertretung übergeht. Dies wird dadurch bewirkt, daß der Dritte den für ihn ohne seinen Auftrag geschlossenen Vertrag später genehmigt, also dadurch den ursprünglich Handelnden in seinen Stellvertreter verwandelt. Die Verträge dieser Art werden gewöhnlich von Anfang an diesen Sinn haben, so daß sich dabei der unmittelbar Handelnde als negotiorum gestor des Dritten betrachtet; daher verliert die Regel, sobald die Genehmigung erfolgt, ihre Wichtigkeit. Praktische Bedeutung derselben zeigt sich nur in dem Falle, wenn diejenigen, welche den Vertrag schlossen, ihn vor der Genehmigung wieder aufheben, wozu sie vor erfolgender Genehmigung unzweifelhaft befugt sind. cc) Läßt Jemand seinem künftigen Erben eine Leistung versprechen, so erwirbt der Erbe dadurch ein Klagrecht[111]). Für den Fall, wenn mehrere Erben vorhanden sind und nur Einer im Vertrage genannt ist, enthält eine Digestenstelle[112]) die Entscheidung: quod dari stipulemur, non posse per nos uni ex heredibus acquiri, sed necesse esse, omnibus acquiri; at cum quid fieri stipulemur, etiam unius personam recte comprehendi. Diese Unterscheidung geht augenscheinlich blos auf den Fall, wenn der Erblasser sich und Einem der Erben etwas versprechen läßt; ist der Vertrag blos auf Einen der Erben gestellt, so erwirbt dieser stets allein, mag der Vertrag sich auf dare oder facere beziehen. Aber auch, wenn der Vertrag auf den Erblasser und Einen der Erben gerichtet ist, darf im neuesten Rechte nicht mehr zwischen dare und facere unterschieden werden; denn die Unterscheidung der angeführten Stelle beruht auf dem Grundsatze des alten Rechtes, daß obligationes in faciendo nicht auf die Erben übergehen; dieser Grundsatz

109) §. 19. Inst. III. 19. L. 38. §. 17. D. 45. 1.

110) L. 38. §. 17. D. 45. 1. §. 4. Inst. III. 19. Gai. Inst. Comm. III. §. 103.

111) L. un. C. IV. 11. Gleichartig ist die stipulatio post mortem, die erst Justinian für giltig erklärte. L. 11. C. de contrah. et committ. stipul. (VIII. 37. (38.)) §. 13. Inst. III. 19. Früher konnte man dem Erben nur eine Einrede, kein Klagrecht erwerben. L. 33. D. 2. 14. L. 10. D. 23. 4. Für sich und seine Erben konnte sich Jemand schon nach früherem Rechte giltiger Weise etwas versprechen lassen. L. 38. §. 12. D. 45. 1. L. 33. D. 2. 14.

112) L. 137. §. 8. D. 45. 1.

ist aber durch Justinian aufgehoben[113]). Es muß daher auch bei den obligationes in faciendo consequent gesagt werden, daß daraus immer alle Erben ein Recht erwerben, wenn auch der Erblasser blos Einen besonders genannt haben sollte[114]). Das praktische Resultat ist folgendes: wenn der Erblasser nicht für sich, sondern blos für Einen von mehreren Erben sich etwas hat versprechen lassen, so erwirbt immer nur dieser; hat aber der Erblasser für sich und Einen von mehreren Erben den Vertrag abgeschlossen, so erwerben immer alle Erben und in beiden Fällen kommt auf den Unterschied zwischen dare und facere nichts mehr an. dd) Wenn ein Adscendent eine dos bestellt und die Rückgabe derselben an seine Tochter oder deren Kinder ausbedingt, so erwerben diese eine utilis actio[115]). Die hier aufgestellte Regel mit ihren Ausnahmen hat im Justinianeischen Rechte keine Veränderung erlitten. Auch fehlt es an einem inneren Grunde zur Annahme einer Praxis des heutigen Rechtes, wodurch die Regel aufgehoben worden wäre, so, daß nunmehr der Dritte, zu dessen Vortheil der Vertrag geschlossen wird, daraus ein Klagrecht erworben hätte, ohne dazu durch Auftrag oder Genehmigung in ein Verhältniß der Stellvertretung gekommen zu sein. — Von den neueren Schriftstellern wird die Unterscheidung der Frage von der Wirkung der Verträge für Dritte ohne Stellvertretung von den Fällen der Stellvertretung mehr oder weniger unterlassen. Dies geschieht dadurch, daß sie die erste Frage theils gar nicht erwähnen, theils mit den Fällen der Stellvertretung auf unkenntliche Weise zusammenwerfen. Davon ist die Folge, daß sie die angebliche heutige Praxis ohne Grund auch auf die erste Frage beziehen und daher annehmen, nach heutigem Rechte erwerbe jeder Dritte aus einem von Anderen geschlossenen Vertrage, auch ohne seinen Auftrag, ein Klagrecht.

4) Unbestimmte Personen. Was die Frage anlangt, ob und mit welchen Wirkungen es zulässig sei, durch Vertrag, also durch Privatwillkür, in eine Obligation mit einer unbestimmten Person einzugehen, so kommt diese blos in der Art vor, daß eine bestimmte Person als Schuldner, mit einer unbestimmten Person, als dem Gläubiger, einen Vertrag schließen will. Die Möglichkeit eines solchen Vertrages wird von mehreren Schriftstellern allgemein behauptet oder wenigstens stillschweigend vorausgesetzt. Savigny verneint diese Möglichkeit vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus und zwar aus demselben Grunde, nach welchem das römische Recht dem Vertrage zum Vortheile eines Dritten, welcher dazu keinen Auftrag ertheilte, die Wirkung versagt, nämlich weil die Obligationen als Beschränkungen der natürlichen Freiheit, nicht zu solchen Zwecken eingeführt seien, so daß durch diese An=

---

113) L. 13. C. de contr. et comm. stip. (VIII. 37. (38.))

114) Vangerow, Leitfaden §. 608, Anm.

115) L. 45. D. 24. 3. L. 7. C. V. 14. Vgl. L. 9. 23. D. 23. 4. L. 45. §. 2. D. 45. 1. Daraus darf man nicht ableiten, daß überhaupt Verträge, welche ein Adscendent für seinen Descendenten schließt, für diesen wirksam seien.

wendung derselben ihre natürliche Bestimmung willkürlich überschritten werden würde. Savigny gestattet also, wenn auf die Anzeige oder Rücklieferung von verlorenem oder gestohlenem Gelde oder auf die Entdeckung des Diebes durch öffentliche Bekanntmachung ein Preis ausgesetzt wird, dem Finder oder Anzeiger gemeinrechtlich kein Klagrecht, obwohl thatsächlich eine Verweigerung des Preises nicht vorkommen werde. Wir haben schon früher in diesem Artikel unsere abweichende Ansicht erklärt und näher zu begründen versucht, daher wir uns darauf beziehen. Als den einzig wichtigen Fall der Verträge mit unbestimmten Personen betrachtet Savigny die Papiere auf den Inhaber. Da indessen davon bereits in einem früheren Artikel gehandelt worden ist, so ist darauf zu verweisen[116]).

C. Eingehung — Auslegung. Da der Vertrag überhaupt und der obligatorische Vertrag insbesondre nur eine einzelne, besonders wichtige Anwendung des viel allgemeineren Begriffes der Willenserklärung oder des Rechtsgeschäftes bildet, die Lehre von der Willenserklärung aber schon an einem anderen Orte dieses Werkes behandelt worden ist, damit aber der größte und wichtigste Theil von der Eingehung des obligatorischen Vertrages seine Erledigung gefunden hat, so ist auf jene frühere Darstellung zu verweisen[117]). Auch hinsichtlich der Auslegung der Verträge gelten im allgemeinen die Regeln über Auslegung der Willenserklärungen überhaupt. Doch sind in Bezug auf Verträge noch folgende besondere Grundsätze zu bemerken. Läßt die Fassung eines

---

116) Vgl. den Artikel Staatspapiere Bd. X, S. 489—508. Was die Literatur über diesen Gegenstand betrifft, so sind folgende Schriften zu bemerken: Gönner, von Staatsschulden Abth. 1. München 1826. Bender, Verkehr mit Staatspapieren, 2. Ausg. Göttingen 1830. Souchay, über die auf jeden Inhaber lautenden Verschreibungen, im Archiv für civil. Praxis Bd. X, Nr. 5. v. Kerstorf, über die Schutzmittel des Eigenthums an Papieren au porteur in Teutschland. Würzburg 1828. Souchay, über Obligationen und Coupons au porteur, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. V, Nr. 4. Schumm, die Amortisation verlorener oder sonst abhanden gekommener Schuldurkunden, nach gemeiner teutscher Praxis, mit Berücksichtigung teutscher Particulargesetze, besonders in Betreff der auf den Inhaber (au porteur) gestellten Staats- und öffentlichen Creditpapiere, theoretisch und praktisch erörtert. Heidelberg 1830. Dunker, über Papiere auf den Inhaber, in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. V, S. 30—52. Thöl, Handelsrecht Bd. 1, §. 54a—56. Savigny, Obligationenrecht Bd. 2, §. 62—70, S. 92—186. Jolly, im Archiv für teutsches Wechselrecht Bd. IV, S. 374—400. Bd. V, S. 37—79. Renaud, Beitrag zur Theorie von Obligationen auf den Inhaber in der Zeitschrift für teutsches Recht Bd. XIV, S. 315—366. Hoffmann, über die Natur des Papiergeldes, des Papieres au porteur und des Wechsels, ihre gegenseitige Verwandtschaft und Verschiedenheit, im Archiv für teutsches Wechselrecht Bd. V, S. 256—310. Unger, die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. Leipzig 1857. Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur, rechtsgeschichtlich-dogmatisch und mit Berücksichtigung der teutschen Particularrechte dargestellt. Leipzig 1857.

117) Vgl. den Artikel Rechtsgeschäft Bd. X, S. 189 flg.

Vertrages verschiedene Deutungen zu, so wird die Entscheidung des Zweifels stets zum Vortheile der einen Partei, also zum Nachtheile der anderen ausfallen müssen. So wird dies auch von den römischen Juristen aufgefaßt, und es fragt sich, welche Partei Anspruch auf diesen Vortheil hat, welche sich den Nachtheil der Entscheidung gefallen lassen muß. Hierüber stellen die Quellen des römischen Rechtes folgende Regeln auf: 1) bei der Stipulation trifft der Nachtheil den Gläubiger (den Stipulator)[118]; 2) bei den Verträgen über Kauf oder Miethe trifft der Nachtheil den Verkäufer oder Vermiether[119]). Fragt man nach dem Sinne dieser Regeln und zugleich nach deren Grunde, so ist darüber Folgendes zu bemerken, was zugleich auf andere Verträge anwendbar ist. Das Wesen jedes obligatorischen Vertrages besteht in der übereinstimmenden Willenserklärung über den Inhalt der Obligationen. Diejenige Partei, welche sich der Fassung des Vertrages unterzieht, übernimmt damit gleichsam die Verantwortung für die Uebereinstimmung. Findet sich in der Fassung eine Zweideutigkeit, so hat der Urheber die Schuld, wenn der Gegner über den Sinn sich irrte, der Urheber mag nun die Zweideutigkeit in unredlicher Absicht hineingelegt haben oder aus Nachlässigkeit, da er den Zweifel zu verhüten in seiner Macht hatte, weshalb ihn der Nachtheil der Auslegung trifft. Dieser Grund wird bei der Stipulation ausdrücklich angegeben[120]) und trifft bei derselben zu, da der Stipulator, welcher der Fragende ist, stets die Frage nach seinem Ermessen einrichtete, der Gegner aber in seiner Antwort ganz von dieser Fassung abhängig war und sich derselben anzuschließen hatte[121]). Derselbe Grund wird auch angegeben für die Auslegung zum Nachtheile des Verkäufers oder des Vermiethers[122]); das Zutreffen dieses Grundes leuchtet aber hier weniger ein, weil diese Verträge an keine bestimmte Form gebunden sind, also auch die Fassung derselben bald von der einen, bald von der anderen Seite zufällig ausgehen kann. Bei der Aufstellung jener Regeln wird nun aber der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, wo die Sache zum Verkaufe oder zur Vermiethung ausgeboten wird. In diesem Falle geht das ganze Geschäft vom Verkäufer oder Vermiether aus; derselbe kennt zugleich die Sache genauer als sein Gegner, und es wird auch die Zweideutigkeit der Fassung meistens die Beschaffenheit und den Umfang der Sache betreffen, worauf sich der

---

118) L. 38. 18. L. 99. pr. D. 45. 1. L. 26. D. 34. 5.

119) L. 39. D. 2. 14. L. 21. 33. D. 18. 1. L. 172. pr. D. 50. 17.

120) L. 99. pr. D. 45. 1.: ... ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere.

121) §. 1. Inst. III. 15.

122) L. 39. D. 2. 14.: Veteribus placuit, pactionem obscuram, vel ambiguam, venditori, et qui locavit, nocere, in quorum fuit potestate, legem apertius conscribere. L. 21. D. 18. 1.: ... obscuritatem pacti nocere ... venditori, qui id dixerit ... quia potuit re integra apertius dicere.

Vertrag bezieht[123]). Daher muß allerdings anders entschieden werden in den Fällen, welche hierin anders gestaltet sind. Geht also z. B. der Nebenvertrag bei dem Kaufe vom Käufer aus und ist zweideutig, so ist der Vertrag zum Nachtheile des Käufers auszulegen[124]). Fragen wir nun, welche Anwendung von der rücksichtlich der Stipulation im römischen Rechte aufgestellten Regel, daß die Auslegung im Zweifel zum Nachtheile des Stipulators geschehen müsse, heutzutage zu machen sei, wo keine Stipulationen mehr vorkommen, sondern blos formlose Verträge, so wird die Regel so lauten, daß die Auslegung stets zum Vortheile desjenigen, von welchem ein Versprechen ausgeht, zu machen ist. Es beruht dies auf der gänzlich verschiedenen Art der Eingehung der Verträge. Während bei den Römern die Acceptation des Versprechens schon in der vorausgehenden Frage des Stipulators lag, mithin die Acceptation dem Versprechen vorausging, geht heutzutage das Versprechen voraus und die Acceptation dasselben folgt. Es kommt die dem heutigen Rechte entsprechend aufgestellte Regel mit der im römischen Rechte rücksichtlich der Stipulation geltenden auf Eins hinaus. Denn wer etwas verspricht, eine Verbindlichkeit übernimmt, also seine natürliche Freiheit beschränkt, hat die Vermuthung für sich, daß er diese seine Freiheit so wenig als möglich habe beschränken wollen; es muß daher zu seinen Gunsten bei zweideutiger Fassung des Versprechens die Auslegung zu seinem Vortheile geschehen.

D. Wirkung. Die regelmäßige Wirkung des Vertrages besteht in dem Gegensatze zwischen klagbaren und klaglosen Obligationen. Dieser Gegensatz hängt wieder zusammen mit der anderen Eintheilung der Verträge in legitimae und iuris gentium conventiones. Das Wesen dieser Lehre, wie sie sich unter den Händen der römischen Juristen ausgebildet und im wesentlichen bis in die Justinianeische Gesetzgebung erhalten hat, liegt in folgenden Sätzen. Die legitimae conventiones, deren eigenthümliches Wesen eine rein civile Entstehung hat, also dem ius gentium unbekannt ist, lassen sich, dieser ihrer Natur nach, nicht anders denken, als in der höchsten Wirksamkeit, welche das ius civile zu ertheilen vermag, folglich als klagbare Verträge, Entstehungsgründe einer civilis obligatio. Alle diese Verträge haben ein besonderes Merkmal, woran sie sich erkennen und von den übrigen Verträgen unterscheiden lassen. Das eigenthümliche Wesen derselben besteht nämlich nicht etwa, wie bei anderen einzelnen Verträgen, in einem besonderen Inhalte oder Zwecke, sondern in einer besonderen Form der Willenserklärung, welche sich mit dem verschiedenartigsten Inhalte vereinigen läßt und jedem willkürlich gewählten Inhalte die höchste Wirksamkeit (die Klagbarkeit) mittheilen kann. Die Natur dieser Verträge läßt sich am besten durch den Ausdruck der formellen Verträge bezeichnen,

---

123) L. 33. D. 18. 1. L. 21. D. eod.
124) L. 34. pr. D. 18. 1.

im Gegensatze der formlosen, deren eigenthümliche Natur und Wirksamkeit nicht in der Form, sondern in dem besonderen Inhalte, ihren Grund findet. Die erwähnte Form stand im Zusammenhange mit allgemein bekannten nationalen Sitten und Einrichtungen der Römer und beruhte also nicht auf willkürlicher Vorschrift einzelner positiver Gesetze, welche, um möglichen Mißbräuchen vorzubeugen, hätten erlassen werden können. Sie bildete daher ein Stück des allgemeinen Volksbewußtseins aller Römer, welche nur überhaupt mit den Geschäften des Vermögens in Berührung standen, nicht blos des besonderen Bewußtseins des Juristenstandes. Da der Wille bald mündlich, bald schriftlich erklärt werden kann, so kommt auch diese Form der Verträge in zwei Gestalten vor: als verborum obligatio und als literarum obligatio. Die iuris gentium conventiones haben eine andere Natur als die legitimae. Zwar kann auch ihnen die vollständige Wirksamkeit (die Klagbarkeit) beiwohnen; sie versteht sich aber bei ihnen nicht von selbst, sondern muß ihnen von außen beigelegt werden, und dieser äußere Zusatz, dessen sie bedürfen, diese Bestärkung derselben, heißt ihre causa. Nach der Darstellung Ulpian's[125]) zerfallen die iuris gentium conventiones in solche, welche klagbar sind (contractus) und solche, welche kein Klagrecht, sondern nur eine Exception hervorbringen (pacta, nuda pacta). Geht man von diesem Standpunkte aus, so kommt die oben erwähnte Eintheilung und der dadurch bedingte Sprachgebrauch mit den legitimae conventiones gar nicht in Berührung. Es läßt sich aber auch ein anderer, allgemeinerer Standpunkt wählen, wobei man von dem abstracten Begriffe des Vertrages überhaupt ausgeht, und dann die Arten desselben, welche ein Klagrecht hervorbringen, zusammenstellt. Von diesen giebt es vier Klassen: re, verbis, literis, consensu. Dieser Standpunkt ist für die Uebersicht des praktischen Rechtssystems der bequemste und er findet sich daher auch bei Gajus und in Justinian's Institutionen[126]). Die Unterscheidung der legitimae und iuris gentium conventiones wird dabei ganz ignorirt, so daß beide Klassen unter einander gemischt werden. Da wir übrigens über den Gegensatz der formellen und formlosen, der klagbaren und nicht klagbaren Verträge bei den Römern, über die Stipulation als den hauptsächlichsten formellen Vertrag der Römer, über deren heutige Nichtanwendbarkeit und über die sie ersetzenden formlosen Verträge des heutigen Rechtes bereits an einem anderen Orte dieses Werkes ausführlicher gehandelt haben, so ist darauf zu verweisen[127]).

Heimbach sen.

---

125) L. 7. pr. §. 1. 2. 4. D. 2. 14.

126) Gai. Inst. Comm. III. §. 89. Inst. Lib. III. Tit. 12.

127) Vgl. den Artikel Stipulation Bd. X, S. 527—585. Siehe auch noch Heimbach, über den Grund und die rechtliche Bedeutung der Formlosigkeit der Verträge nach heutigem Rechte, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XIII, S. 91—119.

Verzicht im weiteren Sinne heißt die Aufgebung eines Rechtes. Er zerfällt in Verzicht im engeren Sinne und Veräußerung, je nachdem ein Recht dadurch so aufgegeben wird, daß es erlischt oder nur auf einen Anderen übertragen wird. Die wahre technische Bedeutung des Verzichtes ist aber eine noch engere als das Aufgeben eines Rechtes ohne Uebertragung, nämlich ein solches, welches durch ein Rechtsgeschäft geschieht, und dieses heißt denn auch Entsagung, Verzichtleistung (renunciatio)[1]; das Aufgeben im allgemeinen ist auch durch eine Handlung möglich, welche kein Rechtsgeschäft ist, z. B. durch Dereliction. Zuvörderst muß, um die Natur dieses Rechtsgeschäftes besser zu erkennen, unterschieden werden, ob ein schon erworbenes Recht Gegenstand des Verzichtes ist, oder ob es sich erst um den Erwerb eines solchen und dessen Ausschlagung handelt. Das letztere kann nur in Betreff eines ius delatum, d. h. eines angebotenen Rechtes aus dem Nachlasse eines Verstorbenen geschehen[2]). Die Ausschlagung eines ius delatum (repudiatio) ist eine einseitige Willenserklärung, wodurch dasselbe aufgegeben wird und verloren geht, ohne daß etwa ein willkürlicher Widerruf zulässig wäre[3]). In allen übrigen Fällen läßt sich der Verzicht nur als Vertrag wirksam denken, so daß, so lange nicht eine Annahme von Seiten dessen, zu dessen Gunsten das Recht aufgegeben wird, erfolgt ist, der Verzicht auch nicht wirksam ist, sondern widerrufen werden kann[4]). Dieses ist der Verzicht im engsten Sinne. Da also der Verzicht hier stets ein Vertrag ist, so ist die Frage hiernach zu beantworten, wie sich der Verzicht auf ein Rechtsverhältniß, aus welchem gegenseitige Obligationen entstehen, gestalte, und ob jeder Berechtigte einseitig aus einem Rechtsverhältnisse heraustreten könne? Dabei ist in Betracht zu ziehen, daß, wenn der Verzicht ein Erlaß ist, darin stets eine Schenkung liegt. Selbstverständlich kann sich Niemand willkürlich und einseitig von seinen Verpflichtungen lossagen. Für die Obligationen ist nun das Resultat, daß der Gläubiger wider Willen des Schuldners auf die Forderung nicht verzichten kann[5]), aber auch umgekehrt der Schuldner den Gläubiger nicht zur Annahme der Leistung zwingen kann. In gewissen Obligationsverhältnissen von zweiseitiger Natur ist aber eine Aufkündigung zulässig. Was die Sachenrechte außer dem Eigenthum, bei welchem nur Dereliction vorkommt, betrifft, so wird zwar vom Nieß=

---

1) In einigen Coderstellen bedeutet renunciare so viel wie repudiare. L. 2. C. I. 18. L. 4. C. VI. 31. Sonst bedeutet repudiare, als Aufgeben eines Rechtes gedacht, so viel wie nolle ad se pertinere ius delatum (L. 8. §. 1. D. 12. 1. vgl. mit L. 1. §. 7. D. 38. 9.) im Gegensatze zum ius acquisitum (L. 34. §. 2. D. 31.)

2) L. 3. D. 2. 15. Siehe auch die Stellen der vorigen Note zu repudiare.

3) L. 1. §. 3. D. 37. 2. L. 4. pr. D. 38. 15. L. 38. §. 1. L. 44. §. 1. L. 86. §. 2. D. 30. L. 59. D. 31. L. 4. C. VI. 31. L. 1. C. VI. 19.

4) Ueber diese früher sehr streitige Frage vgl. Fritz, im Archiv f. civil. Praxis Bd. VIII, S. 389—395. Savigny, System Bd. 4, S. 544—549.

5) Ein indirectes Mittel dazu liegt in der Expromission. L. 91. D. 46. 3.

brauch gesagt, daß, wenn der Usufructuar ihn zurückgeben wolle, seine Verpflichtungen dadurch aufhören[6]); allein selbstverständlich ist dann eine Beschränkung anzunehmen, wenn das Recht durch einen Vertrag in der Weise bestellt worden ist, daß hiernach der Usufructuar zum Behalten des Gegenstandes verbindlich erscheint; außerdem steht dem einseitigen Aufgeben des Nießbrauches nichts entgegen. Auch bei den Prädialservituten ist ein einseitiger Verzicht ohne dessen Annahme erfolglos[7]). Ebenso verhält es sich bei dem Pfandrechte, wenn es sich um eine Hypothek handelt, dagegen wenn es sich um Bewahrung eines Faustpfandes handelt, ähnlich wie bei dem Nießbrauche, weil sie zu einer solchen Bewahrung stets nach dem Pfandcontracte eine Verbindlichkeit besteht[8]). Bei der Emphyteuse und Superficies ist ein willkürlicher Austritt des Emphyteuta und Superficiar aus dem Rechtsverhältnisse unzulässig, da die danebenstehende Verpflichtung zu positiven Leistungen, welche bei dem Nießbrauche etwas Zufälliges, Fremdartiges ist, bei diesen Rechten einen wesentlichen Bestandtheil des Rechtsverhältnisses selbst bildet. Was die Frage betrifft, ob auf alle Rechte ohne Unterschied verzichtet werden kann, so ist sie nach dem Begriffe und der Natur der Rechte wohl zu bejahen; indessen kommen bei deren Beantwortung noch folgende Rücksichten in Betracht. Insofern mit dem Verzichte auf ein Recht zugleich ein Rechtsverhältniß ganz oder theilweise aufgegeben wird, ist zuvörderst der Verzicht auf die Rechte aus Familienverhältnissen unwirksam[9]), welche, abgesehen von deren Einfluß auf Vermögensrechte, sich als unmittelbares Resultat derselben darstellen; denn die Entäußerung derselben als natürlich-sittlicher Verhältnisse ist unzulässig. Eine Ausnahme macht das Verhältniß der väterlichen Gewalt, welche Erzeugniß des positiven Rechtes ist; daher kann es durch Emancipation aufgelöst werden. Hinsichtlich aller übrigen, aus Vermögensverhältnissen entsprungenen oder darauf sich beziehenden Rechte, wozu also auch die durch Familienverhältnisse bestimmten gehören, gilt die Regel, daß jeder den ihm zuständigen Rechten entsagen, darauf verzichten kann[10]). Es giebt davon eine große Anzahl Ausnahmen, welche sämmtlich unter den Begriff der Nichtigkeit der Handlungen fallen und zu verschieden sind, als daß sie sich einzeln nach bestimmteren Merkmalen abschichten ließen. Dies gilt insbesondre auch von den besonderen Rechten und Rechtswohlthaten. Da der Verzicht eine Handlung und Willenserklärung ist, so steht er auch unter den davon geltenden allgemeinen Grundsätzen,

6) L. 64. D. 7. 1. Doch haftet er für positiven Schaden, welcher durch Nichterfüllung seiner Verpflichtungen entstanden ist. L. 13. §. 2. L. 65. D. 7. 1. Vgl. den Artikel Usus fructus Bd. XI, S. 913 flg.

7) Vgl. den Artikel Servituten Bd. X, S. 321 flg.

8) Vgl. auch den Artikel Pfandrecht Bd. VIII, S. 57.

9) L. 34. D. 2. 14.

10) L. 29. C. II. 3.: regula iuris antiqui, omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renunciare.

was namentlich von denen über die ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung gilt. Damit steht die Regel in Verbindung, daß ein Verzicht im Zweifel so eng wie möglich zu verstehen und auszulegen ist [11]), weil im Zweifel anzunehmen ist, daß ein Berechtigter von seinen Rechten sowenig wie möglich habe schwinden lassen wollen. Wenn also ein Verzicht in allgemeinen Ausdrücken, d. h. auf andere Weise als durch Namhaftmachung der einzelnen Rechte, auf welche er sich bezieht, bewirkt worden ist, so ist er zwar deshalb nicht ungiltig, sondern es kommt auf die Auslegung einer solchen Willenserklärung an. Zwar ist durch die älteren Praktiker die Rechtsregel und Clausel in Verträgen, daß ein allgemeiner Verzicht nicht binde, wenn nicht jedem einzelnen Rechte oder Einwande oder nicht wenigstens einigen, besonders entsagt worden sei und infolge dessen der Verzicht auf diese Regel selbst sehr gebräuchlich geworden. Es beruht diese Praxis auf zwei Stellen [12]). Es muß aber die darin enthaltene Bestimmung als eine specielle, auf die darin bezeichneten Fälle beschränkte, angesehen werden. Denn in anderen Stellen kommt ein allgemeiner Verzicht auf Rechte vor [13]), und andere Stellen [14]) ergeben, daß ein in allgemeinen Ausdrücken gefaßter Verzicht an sich nicht ungiltig ist und es nur auf die Auslegung dieser Ausdrücke nach den gewöhnlichen Auslegungsregeln ankommt, nämlich ob und wie weit der Wille als erklärt zu betrachten sei. Ein solcher in allgemeinen Ausdrücken geschehener Verzicht kann natürlich diejenigen Rechte nicht in sich begreifen, von welchen derjenige, welcher einen allgemeinen Verzicht aussprach, keine thatsächliche Kenntniß hatte; ebensowenig diejenigen, von denen sich nicht sicher annehmen läßt, daß derselbe sie im Sinne gehabt habe [15]). Unter diesen Umständen kann der Erfolg eines solchen allgemeinen Verzichtes allerdings nur sehr unsicher sein; der Verzicht erhält auch dadurch nicht mehr Kraft, daß man dem Rechte, ihn deshalb anzufechten, im voraus entsagt, weil er dadurch nicht bestimmter wird, so daß sich sein eigentlicher Inhalt erkennen ließe. Insoweit aber dessen eigentlicher Inhalt erkennbar ist, mithin der Wille als bestimmt erscheint, ist auch ein in allgemeinen Ausdrücken erfolgter Verzicht wirksam, ohne daß auch die Rechtsunkenntniß dabei Berücksichtigung fände. — Was insbesondre den Erlaß einer Schuld von Seiten des Gläubigers betrifft, so ist dieser die Gestalt, in welcher der Verzicht im Obligationenrechte erscheint. Bei den Römern gab es eine doppelte Form des Erlaßvertrages die acceptilatio, welche nur auf Stipulationen berechnet war und, wie die Zahlung, die Obligation ipso iure aufhob, und das pactum de non petendo. Letzteres war auf alle Obligationen

11) L. 47. §. 1. D. 2. 14. L. 24. C. II. 4.
12) L. 1. D. 2. 5. L. 4. §. 4. D. 2. 11.
13) L. 3. C. V. 35. L. 12. C. II. 4.
14) L. 47. §. 1. fin. D. 2. 14. L. 5. D. 2. 15.
15) L. 3. §. 1. L. 5. L. 9. §. 3. L. 12. D. 2. 15. L. 19. D. 5. 2. L. 8. D. 5. 3. L. 22. §. 2. C. VI. 2.

anwendbar, begründete aber nur eine exceptio, wenn der Gläubiger des pactum ungeachtet seine Forderung durch Klage geltend machen wollte[16]). Es kam bei diesem pactum erstens darauf an, ob es nur als temporale abgeschlossen, d. h. nur auf eine bestimmte Zeit berechnet war oder nicht, und mit Rücksicht hierauf war die exceptio entweder eine dilatoria oder peremtoria; zweitens darauf, ob es in rem oder in personam eingegangen ist[17]). Zwischen dem pactum de non petendo in rem und in personam ist folgender Unterschied. Das erstere betrifft die Existenz und das Wesen der Obligation selbst; seine Wirksamkeit reicht also über die Paciscenten hinaus und es kann jeder, welcher principaliter oder accessorisch, unmittelbar oder mittelbar dabei dergestalt betheiligt ist, daß er aus der Obligation in Anspruch genommen werden könnte, wie Mitgläubiger oder Mitschuldner, Erben und Bürgen, sich dagegen auf das pactum berufen[18]). Das letztere läßt den Bestand der Obligation unberührt und beschränkt seine Wirksamkeit nur auf eine bestimmte daran betheiligte Person[19]). Ein solcher Vertrag kann zwischen zweien auch von der einen Seite in rem, von der anderen in personam geschlossen werden[20]). Die acceptilatio ist sowenig praktisch bei uns wie die Stipulationen. Dagegen legen manche ältere und neuere Juristen[21]) gegenwärtig dem pactum de non petendo in rem dieselbe Wirkung bei, wie die acceptilatio bei den Römern hatte. Dagegen haben sich Andere entschieden erklärt[22]). Wenn man nun auch der letzteren Meinung beitreten muß, so läßt sich doch die Möglichkeit für das heutige Recht nicht verneinen, daß eine Aufhebung einer Schuld in der Art erfolgt, daß diese selbst als empfangen angenommen und dadurch getilgt wird, z. B. durch Vergleich. Meistens wird ein solches Geschäft zwar den Charakter der Solution oder Novation haben, es ist aber auch recht wohl das Gegentheil möglich. Für das praktische Recht wird auf den Inhalt und die Absicht der Contrahenten genau geachtet werden müssen, und namentlich ist zu diesem Zwecke ein Unterschied darein zu setzen, ob nur der Forderung der Schuld, der Klage, personell oder impersonell, entsagt oder ob eine völlige Aufhebung der Schuld erklärt worden ist. Der Begriff des Nachlasses oder Erlasses wird besser vermieden; wo er aber gebraucht ist, werden nur die Grundsätze vom pactum de non petendo anzuwenden sein. Wir haben also in unserem Rechte allerdings nur eine einzige Art liberatorischer Verträge, aber mit verschiedenem Zwecke, so daß

---

16) §. 3. Inst. IV. 13.
17) L. 7. §. 8. D. 2. 14.
18) L. 21. §. 1. 5. L. 27. §. 10. L. 40. pr. D. 2. 14.
19) L. 19. §. 1. L. 20. 21. pr. §. 1. L. 22. 25. §. 1. D. 2. 14.
20) L. 57. §. 1. D. 2. 14.
21) Namentlich Guyet, Abhandl. S. 287 und die dort Genannten, sowie Göschen, Vorlesungen Bd. 2, Abth. 2, S. 233 flg.
22) S. Büchel, civil. Erört. Bd. 2, S. 45 flg. Vangerow, Leitfaden Bd. 3, §. 573, Anm. 5.

sich allerdings der Zweck der völligen Aufhebung einer Forderung dadurch ebenso erreichen läßt, wie im römischen Rechte durch Acceptilation. Der Erlaß der Schuld setzt das Wesentliche eines Vertrages zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner voraus; eine einseitige Erklärung des Gläubigers ist unwirksam, sobald sie nicht von der anderen Seite angenommen worden ist [23]). Daher steht auch der Schulderlaß unter den allgemeinen Regeln von dem Zustandekommen und von der Giltigkeit der Verträge. Insbesondre ist zu bemerken, daß 1) insofern der Gläubiger sich dadurch eines Rechtes entäußert, er dazu persönlich befähigt sein muß [24]). Ferner nützt nicht nur dem Bürgen ein solcher vom Hauptschuldner für sich [25]), sondern wegen Betheiligung des eigenen Interesse auch vom Hauptschuldner unmittelbar für den Bürgen [26]) und, wegen deren Einheit der Obligation in ihrem objectiven Bestande, auch ein diesen objectiven Bestand, und nicht blos seine persönliche Befreiung betreffender, vom Bürgen abgeschlossener Vertrag dem Hauptschuldner [27]). 2) Wie bei anderen Verträgen, ist auch bei diesem eine stillschweigende Willenserklärung möglich [28]); im besonderen wird eine solche darin gefunden, wenn der Gläubiger dem Schuldner die Veräußerung eines ihm schuldigen Gegenstandes gestattet [29]), wenn eine Rechnungsablegung als richtig anerkannt worden ist [30]) und wenn der Gläubiger dem Schuldner die Schuldurkunde zurückgegeben hat [31]). 3) Dem Vertrage muß, wie jedem anderen, eine causa zu Grunde liegen [32]); diese kann hier nur entweder in einer beabsichtigten Schenkung bestehen [33]), welchenfalls die von der Schenkung geltenden Regeln zur Anwendung kommen oder in irgend einer Befriedigung; in der Mitte zwischen beiden steht das Aufgeben bestrittener Forderungen, also der Vergleich [34]). Beruht der Grund dazu in einer Befriedigung, so

---

23) L. 91. init. D. 46. 3. Vgl. L. 1. D. 18. 5. In L. 26. D. 22. 3. ist keine Ausnahme enthalten. S. Krug, Lehre von der Compensation S. 269.

24) L. 28. pr. D. 2. 14.

25) L. 32. D. 2. 14.

26) L. 27. §. 1. D. 2. 14.

27) L. 24. D. 2. 14.

28) L. 2. §. 1. D. 2. 14. Das Weitere müssen die Umstände ergeben. So kann auch aus der bloßen Unterlassung der Benutzung zur Compensation an sich noch kein Erlaß geschlossen werden; es muß, ob dadurch habe ein Erlaß erklärt werden sollen, aus den Umständen hervorgehen. So ist auch L. 26. D. 22. 3. zu verstehen.

29) L. 120. §. 1. D. 30.

30) Eine solche Handlung kann gar keine andere Bedeutung haben. Auch spricht für einen solchenfalls anzunehmenden Erlaß das argumentum a contrario der L. 13. §. 1. D. 44. 3., wo für städtische Beamte etwas Abweichendes bestimmt ist.

31) L. 2. §. 1. D. 2. 14. Dagegen liegt in der Rückgabe des Pfandes kein Erlaß der Schuld, sondern nur des Pfandrechtes. L. 3. D. eod.

32) L. 56. D. 2. 14.

33) L. 9. pr. L. 17. D. 39. 5.

34) L. 1. D. 2. 15. L. 12. C. II. 4.

ist allerdings diese der eigentliche Aufhebungsgrund der Forderung und in dem ihr nachfolgenden Vertrage, sei er Quittung oder Entsagung oder beides zusammen, liegt nur eine ausdrückliche Anerkennung der auch ohnedies eintretenden rechtlichen Wirksamkeit. Die Wirksamkeit eines solchen Erlaßvertrages hängt aber, da der Begriff des Erlasses kein rechtlich bestimmt ausgebildeter ist, davon ab, ob eine vollständige Aufhebung und Vernichtung des Obligationsverhältnisses durch die Erklärung der Annahme der Schuld als empfangen beabsichtigt und erklärt oder ob nur ein Vertrag, die Forderung nicht geltend zu machen, und zwar dieser wieder entweder mit oder ohne weitere Beschränkung seiner Wirksamkeit auf die Person der Contrahenten, eingegangen worden ist. Dies gehört zwar im einzelnen Falle zur Auslegung der Verträge; indessen ist die erstgedachte vollständige Wirkung dann ohne Zweifel anzunehmen, wenn die causa des Erlasses in einer Befriedigung besteht. Auch die personelle oder impersonelle Beziehung der Verträge ist nicht weniger aus den Worten, als aus der Absicht der Paciscenten zu entnehmen[35]). Die vollständige Wirkung kann auch durch einen entgegengesetzten Vertrag nicht wieder aufgehoben werden; in Ansehung eines nur die Geltendmachung der Forderung betreffenden Vertrages ist dies aber möglich, und es wird dann dadurch das frühere Verhältniß vollständig wiederhergestellt[36]). Die Wirkung des Erlasses im Vergleich zum Inhalte der Forderung reicht so weit als sie beabsichtigt ist, d. h. die Forderung kann sowohl ganz als theilweise aufgegeben werden[37]), ebensowohl von gegenseitigen Leistungen auch eine[38]), und bei wirklich geschehener Befriedigung erstreckt sich die Wirkung des Erlasses soweit, als eine solche anerkannt wird. Bei alternativen Obligationen ist im Zweifel die ganze Obligation als aufgehoben zu betrachten, wenn dem Schuldner die Wahl zusteht[39]); hat der Gläubiger die Wahl, so läßt sich ein Zweifel über die Ausdehnung seiner Entsagung nicht wohl denken; die auf eine einzelne gerichtete läßt sich freilich niemals über diese hinaus erstrecken[40]). Ueber den nothwendigen Nachlaß-

35) L. 7. §. 8. D. 2. 14. Vgl. L. 17. §. 3. L. 21. §. 5. L. 25. §. 1. L. 40. 57. §. 1. D. eod.

36) Das letztere steht nach römischem Rechte fest. L. 27. §. 2. D. 2. 14. Es wird durch einen solchen entgegengesetzten Vertrag eine Replik gegen die Einrede des pactum de non petendo begründet. Das erstere aber ist eine nothwendige Folge der völligen Aufhebung der Forderung.

37) §. 1. Inst. III. 30. L. 7. §. 17. L. 27. §. 5. D. 2. 14. L. 17. D. 46. 4. Natürlich wird vorausgesetzt, daß der Anspruch theilbar sei. L. 13. §. 1. D. 46. 4.

38) L. 56. D. 2. 14. Damit stehen L. 1. 5. pr. D. 18. 5. L. 23. D. 46. 4. nicht im Widerspruche; denn in diesen Stellen handelt es sich um die Rückgängigmachung des ganzen Geschäftes, während in der zuerst angeführten Stelle dessen Fortbestehen vorausgesetzt wird und zum Theil um eine Eigenthümlichkeit der Acceptilation in der ersteren Beziehung; über diese Eigenthümlichkeit der Acceptilation giebt L. 5. pr. D. 18. 5. Auskunft.

39) L. 27. §. 6. D. 2. 14. L. 13. §. 4. D. 46. 4.

40) L. 27. §. 7. D. 2. 14.

vertrag ist schon an einem anderen Orte dieses Werkes gehandelt worden[41]).

Heimbach sen.

Verzug (mora)[1]). Die Mora wird eingetheilt in die des Schuldners (mora solvendi) und die des Gläubigers (mora accipiendi). Das Gemeinsame dieser beiden Arten der Mora besteht darin, daß durch die eine wie die andere eine Verzögerung der Erfüllung der Obligation bewirkt wird; sie kommen auch darin überein, daß die Verzögerung sich in dem einen Falle auf den Willen des Schuldners, in dem anderen auf den Willen des Gläubigers als Grund zurückführen läßt. Die Uebereinstimmung in dem ersteren Punkte hat die Anwendung desselben Namens auf beide Institute veranlaßt. In der That sind es aber zwei ihrem Wesen nach verschiedene Institute. Die Mora des Schuldners setzt zu ihrer Begründung eine dem Schuldner zuzurechnende Rechtsverletzung, nämlich eine Verletzung des Rechtes des Gläubigers auf rechtzeitige Erfüllung der Obligation voraus. Ganz anders verhält es sich mit der Mora des Gläubigers. Zwar genügt nicht schon der Umstand, daß der Gläubiger die Obligation nicht realisiren will, zur Begründung dieser Mora; der Wille des Gläubigers muß auch äußerlich zur Erscheinung kommen. Eine Verschuldung ist aber hier regelmäßig ausgeschlossen, weil der Gläubiger keine Verpflichtung zur Annahme hat, durch die Verweigerung der Annahme also kein Recht des Schuldners verletzt. Die Verschiedenheit in dem Wesen der beiden Institute ist praktisch nicht unbedeutend; auch zeigt sich der Einfluß dieser Verschiedenheit nicht blos bei Bestimmung der Grundsätze, welche über die Begründung der beiden Arten der Mora gelten, sondern auch bei der Erklärung und Feststellung der Wirkungen. Andererseits stehen aber die beiden Arten der Mora wieder in mannigfaltigem Zusammenhange, besonders in der Lehre von der Beendigung der Mora. Was die römische Terminologie betrifft, so bedienen sich die römischen Juristen zur Bezeichnung der Mora des Wortes mora und der Wortverbindung: per debitorem (creditorem) stat s. factum est, quo minus solveret (acciperet). Die Worte:

---

41) Vgl. den Artikel Concurs Bd. II, S. 789 flg.

1) a) Quellen: Dig. Lib. XXII. Tit. 1. de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et de mora. b) Hinsichtlich der Literatur ist auf das sehr specielle Verzeichniß in Madai, Lehre von der Mora. Vorrede p. V—XIV. zu verweisen. Folgende Schriften sind auszuzeichnen: Ferretus, lib. singul. de mora 1550. Donellus, de mora (in opp. X. p. 1429 sq.). Contius, de diversis morae generibus (in opp. p. 534 sq.). Cocceii, de mora (in Exerc. iur. I. nr. 59.). Ratjen, de mora secundum iuris Romani principia comm. prior. Kil. 1824. Madai, die Lehre von der Mora. Halle 1837 (siehe darüber die sehr ausführliche Recension von Schilling, in den krit. Jahrb. 1838 S. 218 flg.). Wolff, zur Lehre von der Mora. Göttingen 1831. Mommsen, die Lehre von der Mora, in dessen Beiträgen zum Obligationenrechte Abth. 3, S. 1—343. Brackenhöft, das Gebiet der Mora des Schuldners, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XV, S. 122—141. Die Schrift von Mommsen ist hier hauptsächlich benutzt worden.

per aliquem stat, quominus etc. werden sehr häufig in den Quellen auf die Mora bezogen; sie beziehen sich aber auch ebensowohl auf die völlige Verhinderung oder Unterlassung der Leistung, als auf bloße Verzögerung. Demgemäß wird in L. 23. D. 45. 1. zur Erklärung der Worte: si per te steterit, quo minus eum (hominem) mihi dares, hinzugefügt: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum[2]). Werden die gedachten Worte auf eine Verzögerung der Leistung bezogen, so bezeichnen dieselben regelmäßig eine Mora im technischen Sinne des Wortes; doch ist dies nicht immer der Fall[3]). Ebenso bezeichnet das Wort mora nicht blos die Mora im technischen Sinne; die technische Bedeutung ist vielmehr aus einer anderen allgemeineren Bedeutung abgeleitet. Das Wort mora bedeutet zunächst ganz dasselbe, was das teutsche Wort Verzug, nämlich einen Aufschub, ohne alle Rücksicht auf dessen Veranlassung sowie ohne Rücksicht darauf, ob der Verzug sich auf die Erfüllung einer Obligation oder auf ein sonstiges Vornehmen bezieht. So ist die Rede von einer mora, welche Jemand auf einer Reise erleidet[4]), von einer mora, welche der Erbschaftsgläubiger oder der Legatar durch den späteren Erbschaftsantritt erleiden[5]). Ferner wird, wenn die Giltigkeit einer Obligation von dem Ausspruche eines Dritten abhängt, die Verzögerung dieses Ausspruches durch den Dritten als mora bezeichnet, obgleich der Verzug sich hier nicht auf eine schuldige Leistung bezieht[6]). Ebenso kommt das Wort mora in dieser allgemeinen Bedeutung vor in den Wortverbindungen: res moram non recipit[7]), mora periculum affert[8]), und namentlich in der Wortverbindung sine mora,

---

2) In anderen Stellen werden die Worte: per aliquem stat, quominus etc. gebraucht, wo von einer Verzögerung der Leistung gar nicht die Rede ist, z. B. in L. 94. §. 2. D. 30. Auch bezeichnen sie sehr häufig die völlige Verhinderung der Erfüllung einer Obligation. Von älteren Schriftstellern, welche verkannten, daß die fraglichen Worte nicht ausschließlich die Mora bezeichnen, ist auf Grund der L. 23. D. 45. 1. angenommen worden, daß auch Vernichtung der geschuldeten Sache eine Mora begründe; eine Ansicht, die nicht widerlegt zu werden braucht. Die oben gedachte Bedeutung der Worte: per aliquem stat, quo minus etc. findet sich ausnahmsweise auch auf das Wort mora (si per aliquem mora est) übertragen, z. B. L. 30. §. 5. D. 32. Dies findet wohl darin seine Erklärung, daß die Worte: per aliquem stat, und per aliquem mora est, von den römischen Juristen in der Regel abwechselnd mit einander gebraucht werden.

3) Z. B. L. 20. D. 13. 1. In dieser Stelle beziehen sich die Worte: per me steterit, rem condicere, nicht auf eine Mora des Gläubigers, sondern nur auf bloße Nichtrealisirung seiner Forderung. Dies ergeben L. 8. pr. D. 13. 1. L. 72. §. 3. D. 46. 3. L. 2. C. IV. 8. L. 9. C. VI. 2.

4) L. 5. D. 1. 16.

5) L. 1. pr. D. 38. 9. L. 7. pr. §. 6. D. 36. 2. Vgl. auch L. 30. §. 1. D. 29. 2. L. 2. §. 18. D. 38. 17.

6) L. 43. D. 45. 1.

7) L. 6. §. 9. D. 28. 3. Ebenso wird die Nothwendigkeit der sofortigen Leistung eines Gegenstandes durch die Worte ausgedrückt: moram solutionis accipere non debet. L. 2. §. 3. D. 50. 8.

8) L. 5. §. 13. D. 39. 1.

welche regelmäßig mit dem Ausdrucke in continenti dasselbe bezeichnet, mithin sich auf eine mora im technischen Sinne nicht beziehen läßt [9]). An diese Bedeutung des Wortes mora schließen sich zwei andere an, nämlich erstens die Bedeutung, nach welcher dieses Wort den Ablauf einer Zeit, einen Zeitraum bezeichnet [10]); zweitens, die technische Bedeutung des Wortes. Letztere kommt hier allein in Betracht. Das Wort mora kann nach dem Bisherigen, sofern es sich auf eine obligatorische Leistung bezieht, einen zweifachen Sinn haben. So wird es auch in Beziehung auf den Schuldner nicht nur dann gebraucht, wenn es sich von einer Mora im technischen Sinne handelt, sondern auch zur Bezeichnung des bloßen Aufschubes der Erfüllung, ohne Rücksicht darauf, ob eine Rechtsverletzung in diesem Aufschub liegt und ob dem Schuldner dabei eine Schuld zur Last fällt [11]). Außerdem bedeutet in vielen Stellen das Wort mora eine Verzögerung der Erfüllung einer Obligation, welche zwar einige Nachtheile für den Schuldner hat, aber doch von der Mora im technischen Sinne wesentlich verschieden ist. Ebenso wird das Wort mora vom Gläubiger nicht blos dann gebraucht, wenn ihm eine Mora im technischen Sinne zur Last fällt, sondern auch zur Bezeichnung des bloßen Aufschubes der Realisirung der Forderung [12]). Infolge der an sich richtigen Wahrnehmung, daß das Wort mora in den Quellen in verschiedenem Sinne vorkommt, hat W o l f f in seiner Schrift über die Mora eine zwiefache t e c h n i s c h e Bedeutung der Mora angenommen und demgemäß die Mora in die o b j e c t i v e und s u b j e c t i v e Mora eingetheilt. Subjective Mora ist ihm die Verzögerung, welche auf einer Verschuldung beruht, objective Mora in Bezug auf den Schuldner der bloße Aufschub der Erfüllung, in Bezug auf den Gläubiger die bloße Hinausschiebung der Realisirung der Obligation [13]). Er legt sogar diese

---

9) L. 2. §. 35. D. 38. 17. L. 41. §. 2. D. 40. 4. L. 24. §. 1. D. 48. 5.

10) So kommt vor mora temporis, quod datur iudicatis (L. 51. D. 15. 1.); ferner ist die Rede von Sachen, quae mora periturae sunt, quae mora deteriores fiunt (L. 53. D. 5. 3. L. 7. §. 2. D. 26. 10. L. 5. §. 1. D. 28. 8. L. 27. D. 42. 5. L. 5. §. 1. D. 18. 17.) was anderwärts durch die Worte: quae tempore (tractu temporis) periturae aut deteriores futurae sunt, bezeichnet wird. (L. 12. §. 6. D. 11. 7. L. 5. §. 1. D. 28. 8. L. 5. §. 2. D. 37. 10.)

11) In L. 24. pr. D. 22. 1. wird in demselben Satze das Wort mora zuerst für den bloßen Aufschub der Erfüllung und dann für die Mora im technischen Sinne gebraucht.

12) L. 19. D. 43. 16. Vgl. die Stellen in Note 3.

13) Siehe W o l f f, Mora, besonders die Einleitung und §. 1. Eine ähnliche Eintheilung der Mora hat U n t e r h o l z n e r, Schuldverhältnisse Bd. 1, §. 53 flg. Nur schiebt U n t e r h o l z n e r zwischen dem von ihm sog. gewissenlosen und dem unverschuldeten Verzuge den auf einem einfachen Verschulden beruhenden Verzug als drittes Eintheilungsglied ein, ohne in der späteren Darstellung diese letzte Art des Verzuges in irgend einer erheblichen Weise zu berücksichtigen. Rücksichtlich der Folgen unterscheidet U n t e r h o l z n e r strengrechtliche Folgen des Verzuges und solche, welche auf den Grund eines auf Treu und Glauben gegründeten Rechtes beruhen. Gegen die Ansicht W o l f f's und auch

Eintheilung seiner Darstellung dieser Lehre zu Grunde. Gegen dieses Verfahren hat sich Mommsen mit Recht erklärt. Aus dem Gebrauche eines Wortes in verschiedenen Bedeutungen folgt nicht, daß diese verschiedenen Bedeutungen sämmtlich technische sind; neben der technischen Bedeutung kann sich auch die gewöhnliche erhalten haben, ohne daß mit letzterer ein bestimmt abgegrenzter Begriff verbunden worden, und ohne daß das Wort auch in dieser Bedeutung zur Bezeichnung eines Rechtsinstitutes geworden ist. Der Ausdruck mora hat nur Eine technische Bedeutung; er bezeichnet das Institut, was Wolff die subjective Mora nennt; ein Institut der sog. objectiven Mora giebt es im römischen Rechte nicht. Es geht dies aus einer näheren Beleuchtung der von Wolff der sog. objectiven Mora zugeschriebenen Wirkungen hervor. Die Wirkungen der objectiven Mora des Schuldners sind nach ihm gesetzliche und vertragsmäßige. Als gesetzliche Wirkungen werden angeführt: 1) das Recht des Gläubigers, gegen den Schuldner Klage zu erheben; 2) die Verpflichtung des Schuldners, Zinsen zu zahlen infolge von Privilegien, z. B. an einen Minderjährigen oder den Fiscus als Gläubiger; 3) die Verpflichtung des Käufers, dem Verkäufer von Zeit der Tradition an Zinsen zu bezahlen; 4) der Verlust des Rechtes aus dem Pacht- und Miethcontracte wegen zwei Jahre lang nicht bezahlten Pacht- oder Miethgeldes, sowie der Verlust des emphyteutischen Rechtes wegen dreijähriger Nichtzahlung des Kanon und der Abgaben. Diese Wirkungen haben sämmtlich mit der eigentlichen Mora nichts zu schaffen; deshalb darf man sie aber noch nicht als Wirkungen eines und desselben anderen Rechtsinstitutes auffassen; vielmehr haben sie ganz verschiedene Voraussetzungen. Die beiden ersten Wirkungen haben gemein, daß sie mit der Fälligkeit der Obligation eintreten. Während aber die eine nur die Fälligkeit voraussetzt und darauf allein sich gründet, beruht die andere nicht sowohl auf der Fälligkeit, als vielmehr auf einem Privilegium gewisser Personen und Angelegenheiten. Bei den beiden letzten Wirkungen tritt die Fälligkeit noch mehr in den Hintergrund, indem diese zugleich andere Voraussetzungen haben, welche regelmäßig, und was die vierte Wirkung anlangt, sogar nothwendig erst später eintreten. Hiernach beruhen die auf die letzteren Wirkungen sich beziehenden Vorschriften des römischen Rechtes auf ganz abweichenden Gesichtspunkten. Die Verpflichtung des Käufers zur Verzinsung des Kaufpreises von der Uebergabe an hat darin ihren Grund, daß die gleichzeitige Benutzung der Sache und des Kaufpreises von Seiten des Käufers als unbillig und dem Wesen des Kaufcontractes nicht entsprechend erscheint. Der Verlust des Rechtes aus dem Pacht- und Miethcontracte sowie der Verlust des emphyteutischen Rechtes erscheint aber geradezu als eine Strafe, indem angenommen wird, daß eine so lange Verzögerung nicht

---

Unterholzner's haben sich neuere Schriftsteller erklärt, zuletzt Mommsen in seiner Abhandlung über die Mora.

ohne Schuld des Schuldners stattfinden könne. Die vertragsmäßigen Wirkungen der sog. objectiven Mora bestehen in dem Eintritte derjenigen Nachtheile, welche nach der Uebereinkunft der Parteien der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung der Obligation bis zu einer bestimmten Zeit treffen sollen, z. B. in der Verwirkung der für diesen Fall bedungenen und versprochenen Conventionalstrafe. Aber hier beruht die Verwirkung nicht auf der Verzögerung der Leistung, sondern auf dem Eintritte der Bedingung, deren Inhalt ebensowohl ein ganz anderer sein könnte. Da nun den verschiedenen Wirkungen ganz verschiedene Gesichtspunkte zu Grunde liegen, auch das Eintreten derselben an ganz verschiedene Voraussetzungen geknüpft ist, so können und dürfen sie nicht als Wirkungen eines und desselben Rechtsinstitutes betrachtet werden. Auch liegt in der That kein praktisches Bedürfniß vor, die Wirkungen, welche der bloße Aufschub der Erfüllung ohne das Hinzutreten einer eigentlichen Mora haben kann, gemeinsam darzustellen. Ein solches Bedürfniß würde nur dann vorhanden sein, wenn rechtliche Bestimmungen, welche auf diese Wirkungen sich beziehen und blos oder doch vorzugsweise für dieselben gelten, sich anführen ließen. Die einzige Bestimmung, welche Wolff in dieser Beziehung aufstellt, daß nämlich die Wirkungen der objectiven Mora dann nicht eintreten, wenn die Verzögerung in Hindernissen auf Seiten des Gläubigers ihren Grund hat, gilt aber nicht für alle Wirkungen, welche sich der sog. objectiven Mora zuschreiben lassen, z. B. nicht für die Verpflichtung zur Leistung der Früchte; andererseits kommt sie auch für viele andere Fälle zur Anwendung, namentlich wenn durch ein auf Seiten des Gläubigers eingetretenes Hinderniß die Erfüllung der Obligation gänzlich vereitelt ist oder wenn es sich um Wirkungen der eigentlichen Mora handelt.

I. Natur und Begründung der Mora. A. Auf Seiten des Schuldners. 1) Einleitende Bemerkungen über die Verschuldung im allgemeinen, besonders über die Culpa des Schuldners in obligatorischen Verhältnissen. Die Mora des Schuldners enthält nicht blos eine Rechtsverletzung, sondern sie setzt auch eine Zurechnung zur Schuld voraus. Die Bedeutung und das Wesen der Mora können nur dadurch klar werden, daß ihr Verhältniß zu den Hauptformen der Verschuldung, zu Dolus und Culpa, bestimmt wird. Zu diesem Behufe sind die für den Dolus und die Culpa geltenden Grundsätze im allgemeinen anzugeben. Dieselben kommen hier nur insofern in Betracht, als die durch Dolus oder Culpa veranlaßte Nichterfüllung einer Obligation in Frage steht, da die Rechtsverletzung, welche in der Mora enthalten ist, eben darin besteht, daß die Obligation nach einer bestimmten Richtung hin, nämlich in Bezug auf die Erfüllungszeit, nicht erfüllt wird[14]). Culpa

14) Die verspätete Erfüllung ist aber eine theilweise Nichterfüllung; daher

bezeichnet in den Quellen bisweilen die verschuldete Rechtsverletzung selbst, gewöhnlich aber die Richtung des Willens auf eine Rechtsverletzung, der zufolge die letztere auf den ersteren, als auf ihre Ursache, sich beziehen läßt. Faßt man die Culpa in dem letzten Sinne auf, so kann die Culpa allein, d. h. die bloße Richtung des Willens auf eine Rechtsverletzung, als eine rein innere Thatsache keinen rechtlichen Zwang begründen; es muß, weil das Recht eine äußerlich bestehende Ordnung ist, der auf das Unrecht gerichtete Wille, um das Recht zu verletzen, d. h. um Unrecht sein zu können, ein dem Rechte widerstreitendes äußeres Dasein sich geben. Die Culpa ist also nur insofern für das Recht von Bedeutung, als sie in einer Rechtsverletzung sich offenbart, als zu dem subjectiven Momente, dem Willen, ein objectives Moment, die Rechtsverletzung, hinzutritt. Es fragt sich aber umgekehrt: ist es, wenn ein dem Rechte widerstreitender Zustand vorliegt, zur Begründung eines rechtlichen Zwanges immer erforderlich, daß die Entstehung dieses Zustandes sich auf die Culpa einer Person als Ursache zurückführen läßt? Das Recht bestimmt die Grenzen, innerhalb deren der Einzelwille seine Herrschaft ausüben darf. Seine Hauptaufgabe ist die Begrenzung der Herrschaftskreise der einzelnen Personen in ihrem Verhältnisse zu einander. Diese durch das Recht gezogenen Grenzen können verrückt werden; es können Fälle vorkommen, wo ein zu dem rechtlichen Herrschaftsgebiet der einen Person gehöriger Gegenstand sich in dem Herrschaftsgebiet einer anderen Person befindet. In einem solchen Falle sind die richtigen Grenzen wiederherzustellen; der rechtliche Zwang soll dieses bewirken, indem das widerrechtlich erweiterte Herrschaftsgebiet auf seine dem Rechte entsprechenden Grenzen zurückgebracht und das, was auf diese Art der unberechtigten Herrschaft des Einen entzogen, dem Berechtigten zugewiesen wird. Der hier eintretende rechtliche Zwang gründet sich auf ein widerrechtliches Haben und geht auf Herausgabe dessen, was gegen das Recht in dem Herrschaftsgebiete des Beklagten befindlich ist. In Ansehung dieses Zwanges kommt die Lehre von der Zurechnung nicht in Betracht, da hier nur ein dem Rechte widerstreitender thatsächlicher Zustand beseitigt werden soll, ohne daß das rechtliche Herrschaftsgebiet des Beklagten dadurch irgend berührt wird. Daher darf z. B. die rei vindicatio auch gegen den bonae fidei possessor angestellt werden; ebenso ist auch der Wahnsinnige, obgleich er kein Delict begehen kann, doch zur Restitution der einem Anderen von ihm weggenommenen Sache gehalten. Der eben erwähnte rechtliche Zwang reicht aber in vielen Fällen nicht aus; der Rechtsschutz muß unter Umständen weiter gehen, wobei eine doppelte Rücksicht maßgebend sein kann, die Rücksicht auf den Verletzten und die Rücksicht auf die Rechtsordnung im allgemeinen. Der sich auf das widerrechtliche Haben gründende

---

heißt es auch: minus solvit, qui tardius solvit; nam et tempore minus solvitur. L. 12. §. 1. D. 50. 16. §. 33. Inst. IV. 6.

Zwang ist nur darauf gerichtet, daß das widerrechtlich erweiterte Herrschaftsgebiet einer Person wieder auf seine dem Rechte entsprechenden Grenzen zurückgebracht wird. Es können aber Fälle eintreten, wo ein Recht verletzt ist, ohne daß zugleich der Verletzer sein Herrschaftsgebiet irgendwie erweitert hat; in solchen ist die erwähnte Ausgleichung unthunlich. In anderen Fällen ist sie ungenügend, weil die Erweiterung des Vermögens des Verletzers dem von dem Verletzten erlittenen Verluste nicht gleichkommt. Die Rücksicht auf den Verletzten führt daher zu einem weitergehenden rechtlichen Zwange, welcher auf Ersatz des durch die Rechtsverletzung dem Verletzten zugefügten Schadens geht (Entschädigungszwang). Auch dieser Zwang ist nicht überall anwendbar, weil es Rechtsverletzungen giebt, welche nicht das Vermögen beeinträchtigen; auch da, wo die Rechtsverletzung zugleich eine Vermögensbeschädigung enthält, reicht der Entschädigungszwang nicht immer aus, nämlich da, wo das Unrecht zugleich als Bruch der rechtlichen Ordnung, als absolutes Unrecht, erscheint. Die Rücksicht auf die rechtliche Ordnung führt hier zu einem weiteren Zwange, dem Strafzwange. Der letztere gehört nicht hierher. Er kann seinem Zwecke nach, nach welchem er den rechtswidrigen Willen des Verletzers beugen soll, vernünftiger Weise nur eintreten, wenn die Rechtsverletzung sich auf den Willen einer Person als Ursache zurückführen läßt. In Ansehung des Entschädigungszwanges könnte es zweifelhaft sein, ob nicht das Dasein einer rechtswidrigen Beschädigung genügen müßte. In der That hat auch das ältere teutsche Recht die Verpflichtung zum Schadenersatze nicht allgemein von der Zurechnung abhängig gemacht. Anders ist es im römischen Rechte, auch in dieser Beziehung der Grundlage des heutigen Rechtes. Es gilt in demselben als Regel, daß die Verpflichtung zum Schadenersatze, wenigstens insofern sie auf einen vollständigen Schadenersatz (das Interesse) gerichtet ist, eine Zurechnung der Rechtsverletzung zur Schuld voraussetzt. Diese allgemeinen Sätze sind nur auf die in obligatorischen Verhältnissen vorkommenden, von dem Schuldner ausgehenden Rechtsverletzungen anzuwenden. Das Recht des Gläubigers geht allein auf Erfüllung der Obligation; jede Verletzung dieses Rechtes von Seiten des Schuldners muß daher sich als Nichterfüllung darstellen, möge sich nun diese auf den Gegenstand der Obligation in seinem ganzen Umfange oder nur auf einen Theil desselben oder auf gewisse Modalitäten der Leistung beziehen. Der Grund der Nichterfüllung kann aber entweder sein, daß der Schuldner nicht erfüllen kann oder daß er nicht erfüllen will. a) Der Schuldner will nicht erfüllen. In diesem Falle fällt aber dem Schuldner nicht nothwendig eine Verschuldung zur Last, z. B. wenn er sich in einem entschuldbaren Irrthum über die Entstehung der Schuld befindet oder glaubt, daß sie bereits getilgt sei, wie bei Schulden des Erblassers namentlich leicht möglich ist. Dennoch muß hier immer der Schuldner zur Erfüllung der Obligation verurtheilt werden, weil er den Werth, welchen die Obligation

repräsentirt, ohne Recht in seiner Gewalt hat. Der gegen ihn angewendete Zwang gründet sich blos auf das rechtswidrige Haben; auf Zurechnung kommt es daher dabei nicht an. Nur bei Verweigerung der Erfüllung auch nach der Verurtheilung ist unter Umständen auf Schadenersatz zu erkennen. Auch für diese Fälle hat die Lehre vom Dolus und Culpa keine hervortretende Bedeutung, weil hier immer ein Dolus vorliegt, da der Schuldner jedenfalls durch das Urtheil weiß, daß er zu leisten schuldig ist, und daher, wenn er leisten kann und doch nicht leisten will, eines Dolus sich schuldig macht[15]). b) Der Schuldner kann nicht leisten. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden: aa) die Unmöglichkeit der Leistung wird rechtlich nicht als eine wahre Unmöglichkeit anerkannt. Weil es in diesem Falle rechtlich so angesehen wird, als ob der Schuldner leisten könne, so muß hier in derselben Weise, wie in dem vorher erwähnten Falle, der Schuldner stets verurtheilt werden und, wenn nicht erfüllt wird, eine Verpflichtung desselben zum Schadenersatze eintreten, ohne daß es darauf ankommt, ob dem Schuldner eine Culpa zur Last zu legen sei oder nicht[16]). Hiernach kommt die Lehre von der Culpa für diejenigen Obligationen, deren Leistung so bestimmt ist, daß eine wahre Unmöglichkeit der Leistung nicht eintreten kann, namentlich für Geldschulden, nicht in Betracht. bb) Die Unmöglichkeit der Leistung wird rechtlich als eine wahre Unmöglichkeit anerkannt. In dem unter aa. angeführten Falle rechtfertigte sich die ohne Rücksicht auf ein Verschulden erfolgende Verurtheilung des Schuldners zur Erfüllung der Obligation und eventuell zur Entschädigung allein dadurch, daß der Schuldner als einer gilt, welcher erfüllen kann. Hier fällt diese Auffassung weg, weshalb auch hier nicht unter allen Umständen eine Verurtheilung des Schuldners eintreten kann. Nach dem Princip des römischen Rechtes, nach welchem die Verbindlichkeit zur Entschädigung eine zuzurechnende Schuld voraussetzt, kann der Schuldner in dem in Frage stehenden Falle nur dann für verpflichtet zum Schadenersatze gelten, wenn die Unmöglichkeit der Leistung auf einem ihm zuzurechnenden Verschulden, sei es Dolus oder Culpa, beruht. Die Unmöglichkeit der Leistung, welche nicht auf einer vom Schuldner zu prästirenden Verschuldung beruht, befreit denselben und er hat nur die etwaige Bereicherung herauszugeben, weil die darauf gerichtete Verpflichtung nicht durch das Dasein einer Verschuldung bedingt ist. Die Lehre von der Culpa hat also, insofern es sich um die Nichterfüllung einer Obligation handelt, nur Bedeutung für die Fälle der Nichterfüllung wegen wahrer Unmöglichkeit. Denn die Rechtsverletzung besteht in der Nichterfüllung der Obligation. Die römischen Juristen betrachten nur die unverschuldete

---

15) L. 36. fin. D. 15. 1. L. 1. §. 22. 47. fin. D. 16. 3. L. 8. §. 9. D. 17. 1.

16) Dies erkennt auch das römische Recht an, z. B. L. 9. pr. D. 19. 2. Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte Abth. 1, S. 17 flg., 47 flg.

Unmöglichkeit der Leistung als einen Aufhebungsgrund der Obligation; die verschuldete Unmöglichkeit hat nach ihrer Ansicht keinen Einfluß auf den Bestand der Obligation und äußert erst dann ihre Wirkungen, wenn erfüllt werden soll, indem dann eine Verwandelung des ursprünglichen Gegenstandes in ein Aequivalent (das Interesse) eintritt. Demgemäß heißt es in einer Stelle [17]: wenn der zu leistende Sclave gestorben sei, so sei zu untersuchen, ob dem Schuldner eine Culpa zur Last falle: nam si culpa eius decessit, pro vivo habendus est; et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret. Ebenso sagt Paulus [18]: cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, acsi ea res exstaret. Für die Beweislast ist hieraus Folgendes abzuleiten. Der Gläubiger hat nur die wirkliche Begründung der Obligation zu erweisen. Damit sind zugleich die objectiven Voraussetzungen für das Eintreten der Wirkungen von Dolus und Culpa dargethan; denn die Nichterfüllung selbst hat der Gläubiger nie zu beweisen, da die etwaige Erfüllung der Obligation stets vom Schuldner zu erweisen ist. Ebensowenig hat der Gläubiger zu beweisen, daß dem Schuldner ein Dolus oder eine von ihm zu vertretende Culpa zur Last falle. Da die Unmöglichkeit der Leistung allein keinen Grund der Aufhebung der Obligation bildet, so genügt es zur Abwendung der Klage nicht, daß der Schuldner die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung beweise; er muß zugleich seine Schuldlosigkeit an dieser Unmöglichkeit darthun [19].

2) Wesen und Voraussetzungen der Mora des Schuldners im allgemeinen. Sowie bei der Culpa zu dem subjectiven Moment, der Verschuldung, immer ein objectives Moment, die Rechtsverletzung, hinzutreten muß, damit rechtliche Wirkungen eintreten, so hat auch die Mora sowohl objective als subjective Voraussetzungen. Zunächst sind die objectiven Voraussetzungen in das Auge zu fassen. Jede Obligation verlangt zu ihrer Giltigkeit, daß die Zeit der Erfüllung (ausdrücklich oder stillschweigend) bestimmt sei. In Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung über die Erfüllungszeit gilt als Regel, daß die Erfüllung der Obligation sofort nach ihrer Begründung, bei bedingten Obligationen also sofort nach der Erfüllung der Obligation gefordert werden kann. Nur wenn die Natur der bedungenen Leistung an sich einer sofortigen Erfüllung entgegensteht, findet eine Ausnahme statt, indem in diesem Falle derjenige Zeitpunkt, bis zu welchem die Leistung von einem diligens paterfamilias ausgeführt werden kann, als die durch die Obligation bestimmte Erfüllungszeit angesehen wird [20]. Man könnte nun annehmen, daß die Hinausschiebung der Erfüllung über die

---

17) L. 31. §. 1. D. 21. 1.
18) Paul. Sent. Lib. V. Tit. 7. §. 4.
19) S. besonders L. 9. §. 4. D. 19. 2. L. 5. C. IV. 24.
20) L. 14. 73. pr. L. 137. §. 3. D. 45. 1. Vgl. Mommsen, Beitr. zum Obligationenrechte Abth. 1, §. 19, S. 213.

oben gedachte Zeit zur Begründung der Mora in objectiver Beziehung genügte; alsdann hätte der Gläubiger, um die Wirkungen der Mora für sich geltend zu machen, nach den vorher gedachten Grundsätzen über die Beweislast nur zu beweisen, daß die Obligation begründet sei und welche Zeit nach dem Inhalte der Obligation als die Erfüllungszeit zu betrachten sei. Eine solche Annahme wäre aber namentlich da, wo keine bestimmte Erfüllungszeit verabredet ist, nicht zu rechtfertigen. In den angegebenen Fällen kann allerdings der Gläubiger gewöhnlich sofort nach der Begründung der Obligation die Erfüllung verlangen; in der Regel ist aber hier vom Gläubiger nicht auf die augenblickliche Erfüllung gerechnet. Der Schuldner kann sich daher, wenn er nicht sofort nach der Entstehung der Obligation erfüllt, mit Grund darauf berufen, daß er nicht angenommen habe, daß der Gläubiger die Leistung sofort habe haben wollen. Der bloße Aufschub der Erfüllung über die aus dem Inhalte der Obligation sich ergebende Erfüllungszeit kann also, wenigstens in sehr vielen Fällen, nicht schon als Rechtsverletzung gelten. Hieraus erklärt es sich, daß die Begründung der Mora regelmäßig noch an eine fernere Voraussetzung gebunden ist und zwar an eine solche, welche es sowohl im allgemeinen als namentlich auch für den Schuldner völlig außer Zweifel setzt, daß der Gläubiger nunmehr die Erfüllung erwartet. Diese fernere Voraussetzung ist die Interpellation, die vom Gläubiger an den Schuldner gerichtete Aufforderung zur Erfüllung der Obligation. Gehen wir zu den subjectiven Voraussetzungen der Mora über, so ist nach Analogie der Bestimmungen über Dolus und Culpa anzunehmen, daß nicht der Gläubiger die Verschuldung des Schuldners, sondern der Schuldner seine Schuldlosigkeit zu beweisen habe. Das zum Beweise der Schuldlosigkeit Gehörige würde nach den für die Culpa geltenden Regeln in folgender Weise zu bestimmen sein. Der Schuldner würde, zur Ablehnung des Vorwurfes der Mora immer zu beweisen haben, daß ihm weder ein Dolus, noch eine culpa lata zur Last falle; überdies würde er in den obligatorischen Verhältnissen, wo er auch leichtere Versehen zu vertreten hat, beweisen müssen, daß ihm auch eine solche leichtere Verschuldung nicht zur Last falle. Diese aus den Regeln über die Culpa abgeleiteten Sätze finden nach Einer Seite hin in den von der Mora handelnden römischen Stellen vollständige Bestätigung. Der Gläubiger, welcher wegen einer Mora des Schuldners Schadenersatz fordert, braucht nur die objectiven Voraussetzungen der Mora zu erweisen, während der Schuldner seine Schuldlosigkeit darzuthun hat. Es entspricht vollkommen den für die Culpa geltenden Grundsätzen, daß die zur Ablehnung des Vorwurfes der Verschuldung dienenden Einwendungen des Schuldners, z. B. die, daß er von der Obligation nichts gewußt habe, als Excusationen betrachtet werden, welche der Schuldner zu erweisen hat. In einer anderen Beziehung weicht jedoch die Lehre von der Mora von den für die Culpa geltenden Grundsätzen ab. Bei der Mora wird nicht, wie bei der Culpa,

zwischen den einzelnen obligatorischen Verhältnissen unterschieden. Es giebt keine Grade der Mora, vielmehr ist der Schuldner in allen obligatorischen Verhältnissen für dieselbe Mora verantwortlich. Freilich wird aber auch, wie sich weiter unten ergeben wird, eine Mora nur dann angenommen, wenn sich die rechtswidrige Verzögerung direct auf den durch nichts gerechtfertigten Willen des Schuldners als Ursache zurückführen läßt. Es läßt sich nämlich als Regel aufstellen, daß die Mora in subjectiver Beziehung einen Dolus des Schuldners voraussetzt, also eine solche Verschuldung, für welche der Schuldner nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechtes stets und unter allen Umständen zu haften hat. Dem Dolus steht jedoch auch hier die culpa lata gleich, so daß also insonderheit auch dann eine Mora angenommen wird, wenn der Schuldner zwar seine Verpflichtung nicht kannte, sein Irrthum in dieser Hinsicht aber ein nicht entschuldbarer war. Auch ist zu beachten, daß der Schuldner gemäß den vorher über die Culpa entwickelten Regeln sich nicht auf eine Unmöglichkeit der Leistung berufen kann, welche rechtlich nicht als eine wahre Unmöglichkeit anerkannt wird. Auch in den letzteren Fällen ist demnach eine Mora möglich, obwohl die römischen Juristen die Ausdrücke dolus und culpa hier nicht zu gebrauchen pflegen. Die zuletzt erwähnten Umstände sind für die Bestimmung des **Wesens** der Mora unerheblich, wie sich daraus ergiebt, daß die Berücksichtigung der culpa lata nur auf deren civilrechtlicher Gleichstellung mit dem Dolus beruht, die Nichtbeachtung der rechtlich nicht anerkannten Unmöglichkeit der Leistung aber darauf, daß nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in den Fällen einer solchen Unmöglichkeit ein Können des Schuldners angenommen wird. Das **Wesen** der Mora des Schuldners läßt sich demnach darin setzen, daß sie eine **vom Schuldner ausgehende willkürliche und zugleich rechtswidrige Verzögerung der Erfüllung einer ihm bekannten obligatorischen Verpflichtung ist.**

3) **Voraussetzungen der Mora des Schuldners hinsichtlich der Beschaffenheit der Obligation.** Die Mora des Schuldners ist nach ihrem objectiven Thatbestande die Verletzung des Rechtes des Gläubigers auf rechtzeitige Erfüllung der Obligation. Jede Mora setzt demnach nothwendig ein begründetes Forderungsrecht, welches durch die Verzögerung der Leistung verletzt werden kann, voraus. Darin liegt Mehreres. Zuerst muß eine **klagbare** Obligation begründet sein. Das Dasein einer bloßen Naturalobligation reicht nicht zur Begründung einer Mora hin, weil, wenn die völlige Unterlassung der Erfüllung keine Rechtsverletzung enthält, aus welcher sich ein Anspruch gegen den Schuldner erheben ließe, auch in der Verzögerung derselben keine solche Rechtsverletzung liegen kann. Daher wird in den Quellen gesagt: Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est[21]).

21) L. 88. D. 50. 17.

Ferner genügt das bloße Dasein einer klagbaren Obligation nicht. Dieselbe darf weder ipso iure aufgehoben sein, noch durch eine Exception entkräftet werden können. Ausdrücklich wird gesagt: Non in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest [22]). Deshalb schließt ein abgeschlossenes pactum de non petendo den Eintritt einer Mora aus [23]). Berührt jedoch die Einrede nur einen Theil der Forderung, so ist selbstverständlich in Beziehung auf den durch die Einrede nicht berührten Theil der Eintritt einer Mora möglich [24]). In dem Angeführten liegt zugleich, daß die Schuld bereits fällig sein muß. Vor Eintritt des Zeitpunktes der Fälligkeit hat der Schuldner gegen die Geltendmachung der Forderung von Seiten des Gläubigers eine Einrede. Eine rechtswidrige Verzögerung der Leistung ist nicht vorhanden, weil der Schuldner noch gar nicht zur Vornahme der Leistung verpflichtet ist [25]). Das Dasein der eben erwähnten Voraussetzungen ist stets erforderlich, damit von einer Mora die Rede sein könne. In der Regel ist jedoch zur Begründung der Mora in objectiver Beziehung noch als ferneres Erforderniß die Interpellation nothwendig. Vor Betrachtung dieses Erfordernisses ist jedoch erst zu untersuchen, ob eine Verletzung des Rechtes des Gläubigers durch eine Mora des Schuldners unter den eben erwähnten Voraussetzungen bei jeder Obligation möglich ist oder ob die Bedeutung der Lehre von der Mora des Schuldners sich nicht etwa, wie die von der Culpa, auf einen gewissen Kreis von Fällen beschränkt. Eine Verletzung des Rechtes des Gläubigers durch Nichterfüllung ist bei allen obligatorischen Verhältnissen möglich. Die Lehre von der Culpa ist aber vorzugsweise nur für die Fälle von praktischer Bedeutung, in welchen die Nichterfüllung der Obligation auf einer wahren Unmöglichkeit der Leistung beruht. So lange dem Schuldner die Erfüllung noch möglich ist, sowie in Fällen, wo eine wahre Unmöglichkeit der Leistung rechtlich nicht angenommen wird, kommt es auf die Verschuldung nicht an, weil hier der sich auf das rechtswidrige Haben stützende rechtliche Zwang zur Begründung der Verurtheilung des Schuldners ausreicht. Die Gesichtspunkte, aus welchen diese Regeln folgen, gelten an sich ebenso für die Mora. In der Anwendung aber gestaltet sich die Sache anders. Die Bedeutung der Verschuldung in Bezug auf die Unterlassung der rechtzeitigen Erfüllung ist nicht auf einzelne Arten von Obligationen, auch nicht auf einzelne besondere Fälle der verzögerten Erfüllung beschränkt; die Lehre von der Mora ist, abgesehen von den unten zu erwähnenden Obligationen, welche unmittelbar auf das Interesse gehen, von praktischer Bedeutung für alle Fälle, in welchen durch eine Verzögerung der Leistung das Recht des Gläubigers

---

22) L. 40. D. 12. 1. Vgl. auch L. 21. D. 22. 1.
23) L. 54. D. 2. 14.
24) L. 78. pr. D. 31.
25) L. 40. §. 3. D. 45. 1.

auf rechtzeitige Erfüllung der Obligation verletzt ist. Nach Ablauf der Erfüllungszeit der Obligation ohne Erfüllung ist in Bezug auf die rechtzeitige Erfüllung immer eine wahre Unmöglichkeit eingetreten, indem die einmal vorübergegangene Zeit sich nicht wieder zurückrufen läßt, zu dieser Zeit nicht mehr erfüllt werden kann. Es fragt sich hier also in allen Fällen, ob der Gläubiger mit der noch möglichen späteren Erfüllung zufrieden sein muß oder ob er das Interesse wegen Verzögerung der Leistung fordern kann; die Beantwortung dieser Frage hängt nach dem früher erwähnten Grundsatze des römischen Rechtes davon ab, ob die rechtswidrige Verzögerung der Leistung dem Schuldner als schuldbar zuzurechnen sei oder nicht. Die Frage, ob die Verzögerung der Leistung dem Schuldner zugerechnet werden kann, hat deshalb selbst dann Bedeutung, wenn der Gegenstand der Obligation so bestimmt ist, daß eine wahre Unmöglichkeit der Leistung nicht eintreten kann, wie z. B. bei Geldschulden. Denn läßt sich gleich der Vorwurf der Mora durch die Berufung auf eine rechtlich nicht anerkannte Unmöglichkeit der Leistung nicht abwenden, so schließt doch ein entschuldbarer Irrthum des Schuldners über seine Verbindlichkeit den Eintritt der Wirkungen der Mora aus. Der Kreis der Obligationen, für welche das Institut der Mora von praktischer Bedeutung ist, hat dennoch einen großen Umfang. Er begreift aber nicht alle Obligationen; vielmehr giebt es mehrere Klassen von Obligationen, bei welchen eine Mora des Schuldners dem Begriffe nach ausgeschlossen oder die Mora wenigstens ohne praktische Bedeutung ist. Es lassen sich in dieser Beziehung drei Klassen von Obligationen unterscheiden. Die erste Klasse enthält die Obligationen auf Leistungen, welche in der Art an eine bestimmte Zeit gebunden sind, daß sie weder früher noch später erfolgen können. Bei diesen Obligationen ist eine Rechtsverletzung, welche sich nur auf die Zeit der Erfüllung bezieht, ausgeschlossen. In der Versäumung der durch die Obligation bestimmten Zeit liegt hier eine völlige Nichterfüllung der Obligation, weil eine spätere Beschaffung der Leistung nach dem Inhalte der Obligation nicht als Erfüllung gelten kann, und daher die nicht zur bestimmten Zeit erfolgte Leistung oder wenigstens der Theil der Leistung, in Ansehung dessen die Zeit nicht eingehalten ist, für immer unerfüllt bleiben muß. Wenn Jemand z. B. ein Grundstück auf die Zeit vom 1. Mai 1857 bis zum 1. Mai 1862 pachtet und dasselbe ihm erst am 1. Juli 1857 zum Zwecke der Benutzung eingeräumt wird, so liegt für die Zeit vom 1. Mai bis zum 1. Juli eine vollständige Unterlassung der Erfüllung, keine bloße Verzögerung vor; die Leistung läßt sich in Bezug auf die bereits vergangene Zeit gar nicht mehr beschaffen; nur in Bezug auf den Theil der Leistung, dessen Zeit noch nicht abgelaufen ist, ist die Erfüllung der Obligation noch möglich. Das, was in diesem Falle nur hinsichtlich eines Theiles der Leistung gilt, gilt in anderen Fällen in Ansehung der ganzen Leistung. Hat z. B. ein Fuhrmann sich verpflichtet, zu einer bestimmten Zeit mit

seinem Wagen vor Jemandes Wohnung zu erscheinen, um denselben zu einem bestimmten Bahnzuge nach einem Bahnhofe zu fahren, so liegt in der Versäumung dieser Zeit eine völlige Nichterfüllnng der Obligation; es kann hier auch von einer späteren theilweisen Erfüllung der Obligation nicht mehr die Rede sein. In den erwähnten Fällen ist die Frage, ob das Interesse zu leisten sei, blos nach den für die Culpa im allgemeinen geltenden Regeln, wie sie oben unter 1. aufgestellt worden sind, zu beantworten; die für die Mora geltenden Grundsätze können hier nicht angewendet werden. Dabei ist aber selbstverständlich nur an solche Fälle gedacht, in welchen die Leistung an eine von dem Contrahenten genau bestimmte Zeit gebunden ist. Daß in den Fällen, wo die Leistung an eine genau bestimmte Zeit in der Weise gebunden ist, daß sie weder früher noch später erfolgen kann, das Eintreten einer Mora ausgeschlossen ist, folgt nothwendig aus der angegebenen Beschaffenheit der Leistung. Ohne Zweifel haben auch die römischen Juristen die Sache so angesehen. Gegen diese Annahme läßt sich auch nicht einwenden, daß die römischen Juristen mit Bezug auf Fälle der erwähnten Art bisweilen Ausdrücke, welche sonst die Mora bezeichnen, gebraucht haben. Der Ausdruck: per aliquem stat, quominus etc. wird nämlich nach dem früher Bemerkten ebensowohl von der völligen Nichterfüllung als von der bloßen Verzögerung der Leistung gebraucht. Das Wort mora hat aber neben der ihm beigelegten technischen Bedeutung noch seine vulgäre Bedeutung beibehalten; so sprechen wir heutzutage im Sprachgebrauche des gemeinen Lebens auch dann von einem Verzuge, wenn der Vermiether die Benutzung der vermietheten Sache nicht zur vertragsmäßigen Zeit leistet oder der auf bestimmte Tage gedungene Tagelöhner nicht zur rechten Zeit zum Beginn der Arbeit sich eingestellt hat; ebenso konnten die Römer in diesen Fällen von einer Mora sprechen, obgleich keineswegs eine bloße Verzögerung der Leistung vorliegt [26]). Hierbei ist aber noch Folgendes zu bemerken. Ist eine Leistung auch in der erwähnten Weise an eine bestimmte Zeit gebunden, so ist darum die Berücksichtigung eines späteren Anerbietens der Leistung nicht unter allen Umständen ausgeschlossen. Vielmehr wird dieses Anerbieten berücksichtigt, wenn der abgelaufene Zeitraum so unbedeutend ist, daß der Zweck, welchen der Gläubiger durch die Leistung erreichen wollte, noch vollständig sich erreichen läßt, und wenn auch sonst noch res integra ist, so daß durch die Verspätung dem Gläubiger kein Schade zugefügt worden ist. So wird z. B. wenn ein Grundstück vom 1. Mai an verpachtet ist, ein wenige Tage nachher erfolgtes Anerbieten der Uebergabe des Grundstückes berücksichtigt werden müssen, wenn die Verspätung die Bewirthschaftung des Grundstückes behufs der Fruchtgewinnung in keiner Weise beeinträchtigt und der Pachter nicht etwa infolge des Aus-

26) So erklären sich L. 37. D. 7. 1. L. 2. D. 33. 1. L. 6. D. 33. 2. L. 44. D. 38. 1.

bleibens der Leistung bereits anderweite Einrichtungen getroffen, z. B. eine andere Pachtung übernommen hat, deren gemeinschaftliche Betreibung mit der zuerst erwähnten ihm nicht möglich ist[27]). Die zweite Klasse von Obligationen, für welche die Lehre von der Mora ohne Bedeutung ist, enthält die auf eine Unterlassung gerichteten Obligationen. Die Mora besteht nämlich in einer rechtswidrigen Unterlassung; wo aber die schuldige Leistung selbst in einer Unterlassung besteht, also durch die Unterlassung die Obligation erfüllt wird, kann eine Verletzung des Rechtes des Gläubigers nur in einem positiven Thun, nicht aber in einer Unterlassung bestehen. Die dritte Klasse von Obligationen, wo eine Mora mit ihren Wirkungen ausgeschlossen ist, enthält die unmittelbar auf das Interesse gerichteten Obligationen. Es ist zwar eine verzögerte Leistung des Interesse sehr wohl möglich; die Wirkungen der Mora können sich aber in diesem Falle nur darin zeigen, daß das Interesse zu leisten wäre, welches der Gläubiger daran hatte, daß ihm das den ursprünglichen Gegenstand der Obligation bildende Interesse nicht rechtzeitig geleistet ist. Ein solches Interesse des Interesse wird jedoch in den Quellen des römischen Rechtes nicht erwähnt und es konnte ein solches nicht gefordert werden[28]). Daher wird z. B. in Betreff der actio legis Aquiliae von einer Mora nicht gesprochen. Die Annahme einer Mora bei anderen Entschädigungsklagen aus den Delicten, wie bei der condictio furtiva und dem interdictum de vi beruht darauf, daß die Römer die Restitution der durch das furtum oder die vis dem Beschädigten abgenommenen Sache als den eigentlichen Gegenstand der Obligation betrachteten. Zu den Obligationen, für welche aus dem zuletzt angegebenen Grunde die Lehre von der Mora ohne Bedeutung ist, haben manche Schriftsteller auch die auf ein Thun gerichteten Obligationen gerechnet[29]). Diese Ansicht hängt mit der früher weit verbreiteten unrichtigen Meinung zusammen, daß der eigentliche Gegenstand der obligationes in faciendo im Interesse bestehe. Allein die Stellen, auf welche man die oben gedachte Ansicht stützte, enthalten in der That keine eigenthümliche Bestimmung für die auf ein Thun gerichteten Obligationen, sondern beziehen sich nur auf die ganz allgemein geltende condemnatio pecuniaria des römischen Formularprocesses, wie aus dem, was wir aus den Institutionen des Gajus über den römischen Proceß erfahren, klar geworden ist. Damit ist aber die Beweiskraft der in Frage stehenden Stellen aufgehoben[30]). Denn sowenig wie man bei den Obligationen auf Sach-

---

27) L. 24. §. 4. D. 19. 2.

28) Vgl. Mommsen, Beitr. zum Obligationenrechte Abth. 2, S. 189.

29) So unter den älteren Juristen namentlich Contius, de diversis morae generibus cap. 10., unter den neueren Wolff, Mora S. 95 flg., 288 flg., der jedoch diesen Grundsatz nur für das römische Recht als giltig annimmt.

30) Die Stellen, auf welche man sich vorzugsweise berief, waren: L. 13. §. 1. D. 42. 1. L. 72. pr. D. 45. 1. L. 43. D. 5. 1.

leistungen aus der condemnatio pecuniaria schließen kann, daß das Interesse den eigentlichen Gegenstand der Obligation bilde, läßt sich ein solcher Schluß in Ansehung der obligationes in faciendo rechtfertigen. Wenn auch für das ältere römische Recht in der oben angegebenen Beziehung zwischen den Obligationen auf ein Thun und den Obligationen auf Sachleistungen kein Unterschied ist, so ist für das Justinianeische Recht ein solcher Unterschied nicht in Abrede zu stellen, indem nach diesem bei den Obligationen auf Sachleistungen die Verurtheilung regelmäßig auf den eigentlichen Gegenstand der Obligation, bei den Obligationen auf ein Thun hingegen in der Regel noch auf ein Geldäquivalent der geschuldeten Leistung gerichtet wurde [31]). Der Umstand aber, daß hier im allgemeinen die condemnatio pecuniaria beibehalten wurde, hat nichts mit der Frage zu thun, ob die Bestimmungen über die Mora bei den Obligationen auf ein Thun zur Anwendung kommen können. Es wird ausdrücklich anerkannt, daß der Schuldner auch die auf ein Thun gerichtete Obligation, ja selbst die auf ein Thun gerichtete Stipulation noch nach dem Eintritte der Verfallzeit durch Vornahme der Handlung, welche den Gegenstand der Obligation bildet, erfüllen kann [32]). Es kann also hier nicht blos eine gänzliche Nichterfüllung der Obligation, sondern auch eine bloße Verzögerung der Leistung vorkommen. Durch die Richtung der Verurtheilung auf das Interesse war aber eine Berücksichtigung der Mora nicht ausgeschlossen, weil nicht das Interesse, sondern das Thun den eigentlichen Gegenstand der Obligation bildete. Während der Gläubiger, abgesehen von der Mora, nur das Interesse fordern konnte, welches er daran hatte, daß die Obligation zur Zeit der Litiscontestation oder des Urtheils ihm erfüllt wäre, konnte er ohne Zweifel im Falle einer Mora dasjenige Interesse verlangen, welches er daran hatte, daß die Obligation schon zu der Zeit erfüllt wäre, zu welcher die Mora ihren Anfang nahm; wozu z. B. bei der Verzögerung eines verdungenen Hausbaues das Miethgeld gehören würde, welches der Gläubiger für eine andere Wohnung hatte entrichten müssen. Darin liegt in keiner Weise die Forderung eines Interesse wegen verspäteter Leistung des Interesse. Aber auch in anderer Beziehung konnte bei Obligationen auf ein Thun die Mora Wirkungen äußern [33]). 4) Regelmäßige Begründung der Mora des Schuldners durch Interpellation; deren Bedeutung, Wesen und Erfordernisse. In einer Stelle wird von Marcian ausgesprochen: Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit [34]). Nach diesem durch andere Stellen [35]) unterstützten Ausspruche wird zur Begründung der Mora regelmäßig eine

31) Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilproc. Bd. 1, S. 338.
32) Vgl besonders L. 137. §. 3. D. 45. 1.
33) L. 14. §. 2. D. 13. 5.
34) L. 32. pr. D. 22. 1.
35) Paul. Sent. Lib. III. Tit. 8. §. 4. Vgl. L. 23. 24. D. 45. 1.

Interpellation erfordert. Die Interpellation ist die Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner zur Erfüllung der dem letzteren obliegenden Verpflichtung. Die einzelnen Erfordernisse einer wirksamen Interpellation sind sehr bestritten. Dem richterlichen Ermessen ist in dieser Beziehung ein freierer Spielraum einzuräumen; auch fügt Marcian den vorher abgedruckten Worten ausdrücklich die Bemerkung hinzu: quod apud iudicem examinabitur. Um für die Frage über die Erfordernisse der Interpellation einen festen Boden zu gewinnen, ist zunächst die Bedeutung der Interpellation festzustellen. Durch die Interpellation soll auf der einen Seite der Zeitpunkt festgestellt werden, von welchem an die Verzögerung der Leistung zu einer Rechtsverletzung wird; auf der anderen Seite bezweckt sie, den Schuldner zur Erfüllung zu veranlassen und für den Fall, daß die Erfüllung dennoch nicht erfolgt, ihm den Einwand zu entziehen, daß er geglaubt habe, der Gläubiger habe die Erfüllung noch nicht haben wollen. Die Interpellation hat demnach Bedeutung für die Mora nicht blos in objectiver, sondern auch in subjectiver Beziehung. Beides kann aber nicht von einander getrennt werden; denn die Interpellation kann nur insofern in objectiver Beziehung die Mora begründen, als sie auch dazu dienen kann, dem Schuldner den oben gedachten Einwand zu entziehen. Durch die Interpellation kann die Verzögerung der Leistung nur dann den Charakter einer Rechtsverletzung annehmen, wenn sich durch dieselbe ergiebt, daß die Ursache der ferneren Verzögerung allein am Schuldner liegt. Es muß daher der interpellirende Gläubiger zugleich alle diejenigen Anstalten getroffen haben, welche in dem einzelnen Falle etwa nothwendig sind, damit der Schuldner erfüllen könne, kurz, der Gläubiger muß zur Annahme des Gegenstandes der Obligation wirklich bereit sein. Die Interpellation soll ferner dem Schuldner jeden Grund für die Annahme, daß der Gläubiger die Erfüllung der Obligation noch nicht erwartet habe, entziehen. Sie ist demnach so einzurichten, daß es dem Schuldner zum Bewußtsein gebracht wird, daß er jetzt sogleich erfüllen soll. Das römische Recht faßt die Interpellation, wie nach den Quellen anzunehmen ist, als eine Aufforderung zur sofortigen Erfüllung auf. Dies ist aber nicht so zu verstehen, als ob wir im einzelnen Falle nur die Wahl hätten, sofort mit der Interpellation eine Mora eintreten zu lassen oder die Interpellation für völlig wirkungslos zu erklären. Das römische Recht hat eine so stricte Auffassung nicht[36]) und dieselbe würde in vielen Fällen die Begründung einer Mora fast unmöglich machen. In welchen Fällen aber ein Zwischenraum zwischen der Interpellation und dem Anfange der Mora anzunehmen und wie weit dieser Zwischenraum auszudehnen sei, hängt von den besonderen Umständen des einzelnen vorliegenden Falles ab. Es sind nun die einzelnen Erfordernisse der Interpellation festzustellen, wobei folgende Momente in das Auge zu fassen sind: die Form,

36) L. 21. D. 5. 1. Vgl. auch L. 5. §. 1. D. 37. 6.

der Gegenstand, der Ort, die Zeit, die Personen. a) Form der Interpellation. Eine bestimmte Form der Interpellation ist nicht vorgeschrieben. Deshalb ist auch jede Erklärung des Gläubigers (oder einer anderen zur Interpellation berechtigten Person) an den Schuldner, welche einen bestimmten deutlichen Ausdruck des auf nunmehrige Erfüllung der Obligation gerichteten Willens des Gläubigers enthält, als eine wirksame Interpellation zu betrachten, insofern nur die sonstigen Erfordernisse der Interpellation vorhanden sind. Gleichgiltig ist es, ob der Gläubiger mündlich oder schriftlich zur Erfüllung auffordert; ebensowenig kommt darauf etwas an, ob er die schriftliche Mahnung dem Schuldner durch ein Gericht mittheilen läßt oder die mündliche Interpellation im Beisein von Zeugen vornimmt oder ob er diese Vorsichtsmaßregeln zur Sicherung des Beweises der Interpellation unterläßt; denn diese Maßregeln haben nur den Zweck, den Beweis zu sichern. Ferner ist auch eine Wiederholung der Interpellation unnöthig [37]); es kann eine solche aber räthlich sein, wenn es zweifelhaft ist, ob die erste Interpellation deutlich und bestimmt genug gewesen ist oder wenn der Gläubiger dieselbe nicht beweisen kann. Aus dem über die Form der Interpellation Bemerkten ergiebt sich, daß eine Interpellation namentlich auch in der Einleitung eines Processes zu finden ist, da diese den auf nunmehrige Erfüllung der Obligation gerichteten Willen des Gläubigers am Entschiedensten darthut. Nach dem oben angegebenen Zwecke der Interpellation ist aber die Ueberreichung der Klage bei Gericht allein ungenügend; es muß vielmehr die Mittheilung der Klage an den Schuldner hinzukommen, damit die Handlung des Gläubigers als Interpellation gelten könne [38]). Dagegen ist auch kein Grund vorhanden, mit Manchen die Mittheilung der Klage an den Schuldner für die einzig wirksame Interpellation zu halten. Keine einzige Stelle läßt sich dafür anführen; im Gegentheile wird diese Ansicht durch die Bemerkung Papinian's [39]) widerlegt, daß nicht leicht eine Sache, mora non praecedente, an den Richter gelangen werde. Uebrigens kann selbstverständlich die Mittheilung der Klage, wie jede andere Aufforderung

37) Die Erwähnung einer erfolgten Wiederholung der Interpellation in einigen Stellen (L. 38. D. 4. 4. L. 59. §. 5. D. 17. 1. L. 122. §. 3. D. 45. 1.) läßt selbstverständlich nicht darauf schließen, daß ohne eine solche wiederholte Aufforderung die Mora nicht begründet wäre. Ebensowenig läßt sich für diese Ansicht L. 32. §. 1. fin. D. 22. 1. anführen. Auf letztere Stelle werden wir später nochmals zurückkommen.

38) Dies ist auch jetzt die Ansicht der Meisten. Andere wollen erst von Zeit der Litiscontestation die Folgen der Mora eintreten lassen, obgleich der Schuldner schon durch die Mittheilung der Klage den auf sofortige Erfüllung der Obligation gerichteten Willen des Gläubigers erfährt. Die für letztere Ansicht angeführten Stellen, wie L. 1. 2. 4. C. VI. 47. handeln nicht von Verpflichtungen, welche ausschließlich Folgen der Mora sind und können ebensowohl auf Fälle bezogen werden, in welchen es an einer eigentlichen Mora fehlt.

39) L. 3. pr. D. 22. 1.

zur Erfüllung, nur dann als eine genügende Interpellation gelten, wenn die sonstigen Erfordernisse der Interpellation vorhanden sind. Worin diese bestehen, wird sich aus dem Folgenden ergeben. Doch ist hier schon auf einen Punkt hinzuweisen. Hat der Kläger nicht zugleich die nöthigen Anstalten zur Annahme der Leistung getroffen, so kann die Mittheilung der Klage für sich ebensowenig als eine wirksame Interpellation gelten, wie ein bloßer Mahnbrief bei einer Schuld, welche nicht bei dem Gläubiger zu erfüllen ist. Erklärt sich daher der Schuldner in seiner Vernehmlassung bereit zur Leistung für den Fall, daß der Gläubiger die nöthigen Anstalten zur Annahme der Leistung treffe, so kann eine Mora gar nicht angenommen werden [40]). Dagegen wird auch in diesem Falle eine zur Begründung der Mora genügende Interpellation anzunehmen sein, wenn der Beklagte in seiner Vernehmlassung sich weigert, die Obligation zu erfüllen, indem er z. B. den Klaggrund leugnet. b) Gegenstand der Interpellation. Der Inhalt der Obligation ergiebt, worauf die Interpellation zu richten ist. Wird sie auf weniger als den Betrag der Obligation gerichtet, so wird die Mora nicht in Bezug auf den ganzen Betrag der Obligation begründet, sondern nur in Bezug auf das, worauf die Interpellation gerichtet war. Ist die Interpellation auf mehr als den Betrag der Schuld gerichtet, so wird sie als unwirksam betrachtet und gilt nicht einmal für den wirklichen Betrag der Schuld. Daher muß der Gläubiger, wenn dem Schuldner wegen Gegenforderungen ein Retentionsrecht an dem Gegenstande der Obligation zusteht, den Betrag dieser Forderungen bei der Interpellation anbieten [41]); ebenso muß in den Fällen, wo der Schuldner nur gegen eine Cautionsleistung zu zahlen braucht, mit der Interpellation das Erbieten zur Cautionsleistung verbunden sein [42]). Bei gegenseitigen Obligationen setzt die Wirksamkeit der Interpellation voraus, daß die Gegenleistung zugleich angeboten werde, letztere müßte denn zur Leistung im Verhältnisse einer Nachleistung stehen. c) Ort der Interpellation. In der L. 32. pr. D. 22. 1. wird gesagt, eine Mora werde begründet: si interpellatus opportuno loco non solverit. Ohne Zweifel sind die Worte opportuno loco mit dem vorausgehenden interpellatus, nicht mit den folgenden Worten zu verbinden, da Marcian in dieser Stelle nicht ausführen will, wie die Erfüllung beschaffen

40) Hat der Gläubiger gleich bei Mittheilung der Klage die Anstalten zur Annahme getroffen, sowie in dem Falle, wenn solche Anstalten nicht nöthig waren, genügt es zur Verhinderung des Eintrittes der Mora nicht, wenn der Schuldner die ihm zur Vernehmlassung gegebene Frist abwartet und erst gegen das Ende derselben sich zur Erfüllung bereit erklärt; dagegen tritt eine Mora nicht ein, wenn der Schuldner sofort nach Mittheilung der Klage sich zur Erfüllung bereit erklärt. Ja es kann im letzteren Falle unter Umständen dem Beklagten auch noch ein modicum tempus zur Erfüllung verstattet werden, nach dessen Ablauf erst die Mora beginnt. Vgl. L. 21. D. 5. 1.

41) L. 5. §. 1. D. 44. 4. L. 16. C. III. 32.

42) L. 7. §. 4. D. 33. 4.

sein müsse, sondern unter welchen Voraussetzungen eine Mora eintrete[43]). Aus der angeführten Stelle folgt also, daß der Ort, an welchem die Interpellation erfolgt, berücksichtigt werden muß; über die Bedeutung desselben giebt die kurze Andeutung der gedachten Stelle keinen hinreichenden Aufschluß. Zur Feststellung derselben ist von der Bedeutung der Interpellation im allgemeinen auszugehen. Hier ist zu betrachten, erstens das Verhältniß des Erfüllungsortes der Obligation zum Orte der Interpellation, zweitens das Erforderniß der Paßlichkeit des Ortes im engeren Sinne. Die Interpellation darf nicht darauf gerichtet sein, daß der Schuldner an einem anderen als dem Erfüllungsorte leiste. Dies folgt daraus, daß der Gegenstand der Interpellation dem Inhalte der Obligation entsprechen muß. Eine andere Frage ist aber, ob die Handlung der Interpellation selbst am Erfüllungsorte der Obligation geschehen müsse. Früher hat man häufig auf Grund der angeführten Stelle behauptet, daß die Interpellation an dem Orte vorzunehmen sei, wo der Schuldner wirksam auf Erfüllung der Obligation belangt werden könne[44]). Diese Ansicht, welche von der irrigen Voraussetzung ausgeht, daß die Interpellation gewissermaßen eine Klaganstellung sei, wird jetzt allgemein verworfen. Dagegen hat eine andere Ansicht, nach welcher die Wirksamkeit der Interpellation davon abhängen soll, daß dieselbe am Erfüllungsorte vorgenommen sei, bis in die neueste Zeit Anhänger gefunden[45]). Nach der letzteren Ansicht würde eine am Wohnorte des Schuldners vorgenommene Interpellation, selbst die Einleitung eines Processes am Wohnorte des Schuldners zur Begründung einer Mora nicht genügen können, wenn dieser Ort nicht zugleich der Erfüllungsort ist. Ingleichen würde es nicht als eine wirksame Interpellation gelten können, wenn der Gläubiger, welchem an seinem Wohnorte geleistet werden soll, nach vergeblich erwarteter Leistung den Schuldner durch einen an ihn geschickten Mahnbrief zur Erfüllung auffordert. Schon diese praktischen Consequenzen sind geeignet, erhebliches Bedenken gegen die eben erwähnte Ansicht zu erwecken. Außerdem wird sie durch innere Gründe nicht unterstützt[46]). Sehen wir vielmehr auf

---

43) Schon der alte Scholiast Stephanus im *Εἰρήκαμεν* (index L. 32. pr. §. 1. D. 22. 1.) Basil. T. II. p. 709. ist dieser Ansicht; von neueren Schriftstellern Schilling in den krit. Jahrb. f. teutsche Rechtsw. Bd. III, S. 226. Wolff, Mora S. 280 flg. Mommsen, Mora S. 42. A. M. ist Madai, Mora S. 41 flg.

44) So schon die Glosse zu L. 32. pr. D. 22. 1., welcher viele spätere Schriftsteller gefolgt sind.

45) S. Wolff, Mora S. 281 flg. Molitor, les Obligations I. §. 317.

46) Wolff, der hauptsächlichste Vertheidiger dieser Ansicht, beruft sich theils darauf, daß die Interpellation eine Aufforderung zur sofortigen Leistung sei, eine sofortige Leistung aber nicht erfolgen könne, wenn die Interpellation nicht am Erfüllungsorte geschehe, theils darauf, daß die an einem anderen als dem Erfüllungsorte angestellte Klage direct auf das Interesse gerichtet sei. Ueber den ersten Grund ist bereits vorher das Nöthige bemerkt worden; in Ansehung

den Zweck der Interpellation, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß sich auch dieser vollständig dann erreichen läßt, wenn die Interpellation an einem anderen als dem Erfüllungsorte vorgenommen wird. Der Schuldner erhält dadurch ebensowohl von dem auf nunmehrige Erfüllung gerichteten Willen des Gläubigers Kenntniß. Freilich wird aber, wenn der Ort der Interpellation nicht mit dem Erfüllungsorte zusammenfällt, regelmäßig ein sofortiges Eintreten der Mora ausgeschlossen sein; überdies ist es nöthig, daß der Gläubiger am Erfüllungsorte die Anstalten zur Annahme der Leistung getroffen habe, sowie unter Umständen, daß er dem Schuldner zugleich mittheile, in welcher Weise diese Anstalten von ihm getroffen sind. Hat der Gläubiger in dieser Beziehung nicht das Nöthige gethan, so ist allerdings die Interpellation ohne Wirkung[47]). Eben deshalb genügt es auch nicht zur Begründung einer Mora, wenn der Gläubiger, welcher den Gegenstand der Obligation vom Schuldner abzuholen hat, sich damit begnügt, an einem anderen Orte eine Aufforderung zur Zahlung an den Schuldner zu richten. Eine bestimmte Verweigerung der Erfüllung von Seiten des Schuldners kann jedoch auch hier eine Ausnahme herbeiführen. Wenn z. B. A. den B. an dessen Wohnorte auffordert, eine an einem dritten Orte zu beschaffende Zahlung zu leisten und ihm zugleich anzeigt, daß er ein bestimmtes Banquierhaus zur Annahme beauftragen werde, so wird die Beauftragung unnöthig sein, wenn B. erklärt, daß er die Leistung nicht beschaffen wolle. Die zweite Frage betrifft die Paßlichkeit des Ortes im engeren Sinne; es gilt im allgemeinen davon dasselbe, wie in Ansehung der ersten Frage. Nimmt der Gläubiger die Interpellation an einem Orte vor, wo eben wegen der Beschaffenheit des Ortes nicht zu erwarten ist, daß der Schuldner die Mittel zur Erfüllung sogleich zur Hand habe, z. B. auf der Straße, wenn auch am Erfüllungsorte, oder auf einem Spaziergange, so wird jedenfalls ein sofortiger Eintritt der Mora schon wegen der Beschaffenheit des Ortes ausgeschlossen sein[48]). Unter Umständen kann jedoch die Interpellation wegen Unpaßlichkeit des Ortes ganz wirkungslos sein, so z. B. wenn es sich um Leistung eines Gegenstandes handelt, welchen der Gläubiger bei dem Schuldner abzuholen hat und der Gläubiger sich damit begnügt, den Schuldner auf einem Spaziergange zu

---

des zweiten Grundes ist zu bemerken, daß eine Berücksichtigung der Mora hier nicht ausgeschlossen ist, indem der Gläubiger im Falle der Mora das Interesse in Anspruch nehmen kann, welches er daran hatte, daß die Obligation rechtzeitig an dem bestimmten Erfüllungsorte erfüllt wäre.

47) Eine Mora kann nämlich nicht eintreten, wenn die Leistung am Erfüllungsorte wegen Unterlassung der nöthigen Anstalten zur Annahme der Leistung von Seiten des Gläubigers nicht erfolgen konnte. So wird nach L. 26. §. 1. D. 30. keine Mora angenommen: si certum corpus heres dare damnatus sit, nec fecerit, quominus ibi, ubi id esset, traderet. Der Ort, wo die vermachte species sich befindet, ist nämlich der Erfüllungsort.

48) In dieser Weise spricht sich schon der alte Scholiast Stephanus in dem in Note 43 angeführten Scholium aus.

mahnen. Auch hier kann, wenn der Schuldner nicht blos wegen der Unpaßlichkeit des Ortes, sondern überhaupt und auch für den Fall, daß sich der Gläubiger bei ihm zur Zahlung einfinden werde, die Zahlung verweigert, ein Anderes eintreten. Dem hier aus der Bedeutung und dem Zwecke der Interpellation abgeleiteten Resultate widerspricht auch nicht die oben angeführte L. 32. pr. D. 22. 1. Daß eine an einem locus inopportunus vorgenommene Interpellation stets vollständig wirkungslos sei, folgt aus dieser Stelle umsoweniger, als dieselbe in den unmittelbar folgenden Worten: quod apud iudicem examinabitur, auf das richterliche Ermessen verweist, was sich gewiß auch auf dieses Erforderniß der Interpellation bezieht. d) Zeit der Interpellation. Nach dem früher Bemerkten kann eine Mora des Schuldners vor der Fälligkeit der Obligation nicht eintreten; es kann daher eine vor der Fälligkeit vorgenommene Interpellation nicht sofort eine Mora begründen[49]). Es fragt sich aber, ob nicht eine solche Interpellation wenigstens die Wirkung habe, daß infolge derselben sofort mit dem Eintritte der Fälligkeit eine Mora beginne. Die Quellen enthalten keine ausdrückliche Entscheidung dieser Frage[50]); doch ist anzunehmen, daß eine vor der Fälligkeit vorgenommene Interpellation, sofern sie das Verlangen der sofortigen Erfüllung der Obligation enthält, völlig unwirksam ist, weil sie auf mehr geht, als der Gläubiger zu fordern berechtigt ist. Ueberdies scheint die Ansicht der römischen Juristen dahin gegangen zu sein, daß es durch die Interpellation dem Schuldner bewußt werden soll, daß seine Zögerung dem gegenwärtigen Willen des Gläubigers widerspricht; ist dies auch nicht mit der Strenge durchgeführt, daß nur die Wahl zwischen der Annahme einer völligen Unwirksamkeit der Interpellation und eines sofortigen Eintrittes der Mora bleibt, so läßt sich doch der erwähnten Auffassung zufolge einer vor der Fälligkeit erfolgten Interpellation in der Regel auch für die Zeit nach Eintritt der Fälligkeit keine Wirkung beilegen. Nach dieser Vorbemerkung ist die Zeit der Interpellation in Bezug auf die einzelnen Arten der Obligationen näher zu bestimmen und dann zu erörtern, welche Wirkungen die bloße Unpaßlichkeit der Zeit der Interpellation (der inopportunitas im engeren Sinne) hat. Bei den Obligationen, bei welchen eine bestimmte Erfüllungszeit festgesetzt ist, kann eine wirksame Interpellation erst nach Ablauf dieser Zeit vorgenommen werden; ob und unter welchen Voraussetzungen die Interpellation in diesen Fällen zur Begründung der Mora nothwendig sei, wird später zu untersuchen sein. In den Fällen, in welchen die geschuldete Leistung ihrer Natur nach nicht sofortige Erfüllung zuläßt, sondern zu ihrer Vornahme einen gewissen Zeitraum erfordert, gilt als Erfüllungszeit der Zeitpunkt, bis zu welchem die Ausführung

49) L. 49. §. 3. D. 45. 1.

50) Die in der vorigen Note angeführte Stelle läßt es nämlich ungewiß, ob der Sclave vor dem dies oder erst nach demselben gestorben ist.

der Leistung durch einen diligens paterfamilias möglich ist. Es kann hier zweifelhaft sein, ob eine wirksame Interpellation erst nach dem Eintritte der so ermittelten Erfüllungszeit oder schon dann vorgenommen werden kann, wenn die bis zu diesem Zeitpunkte noch übrige Zeit so kurz ist, daß die Vollendung der Leistung bis dahin schlechthin unmöglich erscheint. Sowie aber anzunehmen ist, daß die Erhebung einer Klage erst nach dem völligen Ablaufe der Erfüllungszeit zulässig ist[51]), so ist auch jede frühere Interpellation als unwirksam zu betrachten[52]). In anderen Fällen ist, wenn auch eine Erfüllungszeit weder ausdrücklich noch stillschweigend bestimmt ist, dem Schuldner aus Billigkeit ein modicum tempus zur Erfüllung der Obligation verstattet, z. B. dem Erben in manchen Fällen zur Erfüllung der Vermächtnisse[53]). Hier ist in der That die Obligation sofort fällig[54]), der dem Schuldner gewährte Aufschub steht daher an sich der Zulässigkeit der Interpellation nicht im Wege. Da jedoch die Mora immer erst nach Ablauf der durch den Richter zu bestimmenden Erfüllungszeit anfangen kann und demnach zur Begründung derselben erfordert wird, daß in diesem Zeitpunkte die Vornahme der schuldigen Leistung erfolgen kann, so ist in den Fällen, in welchen der Gläubiger den Gegenstand der Obligation bei dem Schuldner abzuholen oder sich behufs der Annahme der Leistung bei dem Schuldner einzufinden hat, die vor dem Ablaufe des modicum tempus erfolgte Interpellation als unwirksam zu betrachten, außer wenn der Schuldner auf die an ihn gerichtete Aufforderung die Leistung schlechthin, auch für den Fall, daß der Gläubiger nach Ablauf jener Zeit sich wieder bei ihm einfinden würde, verweigert hat. Bei den Obligationen, bei welchen es dem Gegenstande nach an der zur Vornahme der Leistung erforderlichen Bestimmtheit mangelt, wie bei den alternativen und generischen Obligationen, ist die Leistung unmöglich, ehe der Gegenstand näher festgestellt worden ist. Insofern aber der Schuldner die Wahl hat, wird durch dessen noch nicht erfolgte Entscheidung die Wirksamkeit der Interpellation nicht gehindert. Hat der Gläubiger das Wahlrecht, so kann

---

51) L. 14. 98. §. 1. D. 45. 1. Vgl. L. 10. 124. D. eod. Diese Ansicht wird unterstützt durch die allgemeinen Aussprüche der L. 73. pr. D. 45. 1. L. 186. D. 50. 17.; doch scheinen nicht alle römischen Juristen sie getheilt zu haben. Vgl. L. 72. §. 1. 2. L. 137. §. 3. D. 45. 1.

52) Von den im Texte erwähnten Fällen müssen diejenigen wohl unterschieden werden, wo die Zeit, bis zu welcher die Leistung vollständig ausgeführt sein muß, nicht nach der Zeit der Begründung der Obligation, sondern nach der Zeit der Interpellation berechnet wird; so z. B. bei dem Commodat einer Sache, welche der Commodatar mit Zustimmung des Gläubigers an einem entfernten Orte benutzt, letzterem aber auf dessen Verlangen zurückzuschicken hat. Selbstverständlich findet in diesen Fällen die oben angegebene Beschränkung der Interpellation nicht statt.

53) L. 71. §. 2. D. 30. Siehe auch L. 105. D. 46. 3.

54) Denn in L. 71. §. 2. D. 30. wird nur mit Bezug auf den der Schuld geständigen Erben gesagt, daß er nicht ad suscipiendum iudicium gedrängt werden solle.

derselbe vor vorgenommener Wahl wegen der Schuld selbst nicht interpelliren; er kann aber, wenn der Schuldner ihm nicht die Möglichkeit gewähren will, die Wahl vorzunehmen, sich dadurch helfen, daß er gegen den Schuldner die actio ad exhibendum behufs der Vornahme der Wahl anstellt und denselben in Ansehung seiner Verpflichtung zur Exhibition in Verzug versetzt[55]). Bei bedingten Obligationen kann vor Erfüllung der Bedingung im allgemeinen keine Mora eintreten. Daher ist die Begründung einer Mora auch bei den imperfecten Contracten in der Regel ausgeschlossen, da diese als bedingte Obligationen angesehen werden[56]). Doch findet eine Ausnahme statt, wenn die Erfüllung der Bedingung von einer Handlung oder Zulassung des Schuldners abhängt, zu welcher derselbe nach dem Contracte verpflichtet ist. Daher kann bei der emtio ad mensuram der Schuldner dadurch in Verzug versetzt werden, daß der Gläubiger ihn zur Zumessung auffordert. Allerdings bezieht sich eigentlich die Mora nur auf die zur Erfüllung der Bedingung nöthige Handlung oder Zulassung des Schuldners; in den Wirkungen bleibt sich dies aber gleich. Bei gegenseitigen Obligationen richtet sich die Zeit der Interpellation nach dem Verhältnisse, in welchem die Leistung und Gegenleistung zu einander stehen. Müssen die Leistungen der Contrahenten Zug um Zug erfüllt werden, so ist, wenn nicht sonstige Hindernisse entgegenstehen, sofort eine wirksame Interpellation zulässig; doch muß der Gläubiger gleichzeitig die von ihm geschuldete Leistung anbieten. Stehen die Leistungen zu einander in dem Verhältnisse von Vor- und Nachleistung, so kann die erste sogleich gefordert werden, die letztere aber erst nach Beschaffung der Vorleistung von Seiten des Gläubigers, entweder der ganzen oder zu einem bestimmten Theile, je nach dem Inhalte des Contractes. Das bisher Bemerkte bezieht sich auf das Verhältniß, in welchem die Zeit der Interpellation zur Zeit der Fälligkeit der Forderung steht. Die Obligation kann aber fällig sein und dennoch in Bezug auf die Zeit der Interpellation ein Mangel vorhanden sein. Sowie die Unpaßlichkeit des Ortes in Betracht kommt, so ist dasselbe auch in Betreff der Zeit anzunehmen. Ob zu einer unpassenden Zeit gemahnt ist, kommt vorzugsweise dann in Frage, wenn die Interpellation an Sonn- oder Festtagen oder zur Nachtzeit geschehen ist. Allgemeine Regeln können hier nicht aufgestellt werden; vielmehr hängt die Frage über die Unpaßlichkeit der Zeit regelmäßig von besonderen Umständen ab, deren Prüfung dem richterlichen Ermessen anheim fällt. Die Folgen der Wahl einer unpassenden Zeit für die Wirksamkeit der Interpellation bestimmen sich nach dem vorher über die Unpaßlichkeit des Ortes Bemerkten. Es kann eine Interpellation auch in der Art vorkommen, daß der Gläubiger dem Schuldner einen späteren Termin zur Erfüllung setzt und ihn auffordert, spätestens bis zu diesem Termine

---

55) Vgl. L. 10. D. 10. 4.

56) S. Mommsen, Beitr. zum Obligationenrechte Abth. 1, S. 338 flg.

zu leisten. In den Quellen wird einer solchen Interpellation nicht gedacht; auch ist es nicht ohne Zweifel, ob sich derselben nach römischem Rechte die Wirkung beilegen läßt, daß mit dem bestimmten Termine eine Mora eintritt, vorausgesetzt, daß nicht eine darauf bezügliche Verabredung unter den Parteien getroffen ist. e) Personen bei der Interpellation. Es ist hier zu erörtern, wer wirksam interpelliren kann und an wen die Interpellation zu richten ist. Zuvörderst ist die Person des Interpellanten in Betracht zu ziehen. Eine Digestenstelle von Paulus[57]) ist die Hauptstelle darüber und sie liegt der nachfolgenden Erörterung zu Grunde. In dieser Stelle werden der Gläubiger, der Mandatar und der negotiorum gestor als fähig betrachtet, eine wirksame Interpellation vorzunehmen. Eine vom Gläubiger selbst vorgenommene Interpellation ist als wirksam zu betrachten, jedoch aber nur unter der Voraussetzung, daß ihm die Dispositionsbefugniß über den Gegenstand der Obligation nicht mangelt, da die Interpellation eine Verfügung über diesen Gegenstand enthält. Ein handlungsunfähiger Gläubiger kann also nicht wirksam interpelliren; die Interpellation muß in diesem Falle von der Person ausgehen, welcher die Vertretung des Handlungsunfähigen obliegt. Aber auch abgesehen von dem eben erwähnten Falle kann nach der angeführten Stelle eine wirksame Interpellation von einem Vertreter des Gläubigers geschehen; nach dem Zwecke der Interpellation muß aber dieselbe vom Vertreter nicht in eigenem Namen, sondern als Träger des Willens des Gläubigers ausgehen. Dies setzt einen Auftrag des Gläubigers voraus, welcher aber nicht ausdrücklich auf die Interpellation gerichtet zu sein braucht. So wird ein zur wirksamen Vornahme der Interpellation genügender Auftrag darin liegen, wenn der Gläubiger den Procurator zur Einkassirung der Schuld bevollmächtigt hat. Ebenso wird der zur gerichtlichen Beitreibung der Schuld Bevollmächtigte, ehe er die Klage erhebt, wirksam außergerichtlich für den Gläubiger interpelliren können. Ebenso ist ein vom Gläubiger mit Betreibung aller seiner Geschäfte oder eines gewissen Kreises von Geschäften Beauftragter zur Vornahme der Interpellation befugt, insofern die Wahrnehmung der Rechte des Gläubigers in Ansehung der fraglichen Schuld zu dem dem Bevollmächtigten übertragenen Geschäftskreise gehört. Manche behaupten[58]), nur derjenige Procurator könne giltig mahnen, welcher auch giltig die Leistung in Empfang nehmen könne. Als Grund wird angeführt, daß ein handlungsunfähiger Gläubiger, welchem nicht giltig gezahlt werden könne, auch nicht wirksam zu interpelliren vermöge. Dieser Grund ist jedoch unhaltbar, weil in unserem Falle durch den Procurator ein handlungsfähiger Gläubiger interpellirt. Hingesehen auf den Zweck der Interpellation liegt

---

57) L. 24. §. 2. D. 22. 1.

58) Madai a. a. O. S. 52. Wolff a. a. O. S. 269. Siehe dagegen Mommsen, Mora S. 52 flg.

auch kein Grund vor, warum nicht ein Procurator, wenn er auch zur Empfangnahme nicht bevollmächtigt ist, den Schuldner zur Bewirkung der Leistung an den Gläubiger wirksam sollte interpelliren können. Dies gilt nicht nur dann, wenn es zur Erfüllung der Obligation keiner Mitwirkung von Seiten des Gläubigers bedarf, sondern auch dann, wenn es sich um Leistung einer Sache handelt, welche der Schuldner dem Gläubiger überbringen muß, oder um eine andere Leistung, zu deren Vornahme der Schuldner bei dem Gläubiger sich einzufinden hat[59]). Handelt es sich dagegen um eine Leistung, welche der Gläubiger bei dem Schuldner in Empfang nehmen soll, so genügt allerdings die Interpellation durch einen zur Empfangnahme nicht bevollmächtigten Procurator nicht, weil es in diesem Falle nicht an dem Schuldner, sondern an der Unterlassung der zur Empfangnahme nöthigen Anstalten von Seiten des Gläubigers liegt, daß die Obligation in der ihrem Inhalte entsprechenden Weise nicht erfüllt werden konnte. Nach der oben angeführten Hauptstelle soll endlich auch die von einem negotiorum gestor geschehene Interpellation zur Begründung einer Mora hinreichen. Es ist dies jedoch nicht so zu verstehen, als ob schon dann eine wirksame Interpellation anzunehmen wäre, wenn irgend ein Dritter, gegen welchen der Gläubiger geäußert hat, daß er nunmehr die Erfüllung der Obligation wolle, ohne Auftrag des Gläubigers dem Schuldner diese Aeußerung mittheilte. Eine solche Aeußerung des Gläubigers ist noch keine Aufforderung zur Erfüllung und kann dies auch dadurch nicht werden, daß der Dritte den Schuldner davon in Kenntniß setzt. Durch die gedachte Aeußerung legt der Gläubiger höchstens die Absicht an den Tag, daß er auf die Erfüllung dringen wolle; dieses Wollen wird aber nur dadurch zur Interpellation, daß der Gläubiger es auch wirklich zur Ausführung bringt, sei es durch eine persönliche Handlung oder durch einen Dritten, den er als Mittel dazu benutzt. Wenn nun demnach die gedachte Hauptstelle von einer mora, quae ei, qui negotia creditoris gerebat, facta sit, spricht, so ist dies auf Fälle zu beziehen, in welchen durch die Geschäftsführung des negotiorum gestor das Forderungsrecht begründet ist. In diesen Fällen kann der Geschäftsführer selbst klagen und darf daher ohne Zweifel auch eine wirksame Interpellation vornehmen. Diese Auslegung ist auch nicht zu gewagt; denn da nach den Worten der L. 24. §. 2. D. 22. 1. anzunehmen, daß der negotiorum gestor bereits vor der Interpellation die Geschäfte des Gläubigers geführt habe („ei, qui negotia creditoris gerebat"), daß also die Geschäftsführung nicht blos in der Interpellation bestanden habe, so liegt in der

59) S. auch L. 12. §. 1. D. 13. 6. Freilich handelt die Stelle nicht von der Mora und ihren Folgen: es liegt aber nahe, anzunehmen, daß Ulpian, wenn er hier von der Sendung eines allein zur Mahnung, nicht zur Empfangnahme bevollmächtigten Boten spricht, der Ansicht gewesen sei, daß durch eine solche Sendung auch der Zweck der Mahnung erreicht werden könne.

That die Voraussetzung nahe, daß die Forderung eben durch die Geschäftsführung entstanden sei[60]). — Zweitens kommt in Betracht die Person desjenigen, an welchen die Interpellation zu richten ist. Nach dem Zwecke der Interpellation muß dieselbe an den Schuldner gerichtet werden, da dieser es ist, welcher Kenntniß von dem auf die nunmehrige Erfüllung der Obligation gerichteten Willen des Gläubigers erhalten und welchem durch die Interpellation der Einwand entzogen werden soll, der Gläubiger habe die Erfüllung noch nicht erwartet. Unter Umständen genügt es jedoch, daß ein Vertreter des Schuldners zur Erfüllung aufgefordert wird; das Letztere kann sogar zur Begründung der Mora nothwendig sein. Ist der Schuldner handlungsunfähig, also nicht im Stande, die Obligation selbst zu erfüllen, so würde eine an ihn gerichtete Interpellation ganz ohne Zweck sein; in diesem Falle ist entweder zugleich der Vertreter oder dieser allein zu interpelliren. Infolge dessen ist also, wenn der Schuldner unmündig ist, der Vormund zu interpelliren[61]). Hat der handlungsunfähige Schuldner keinen Vertreter, so kann der Gläubiger auf Bestellung eines solchen antragen, indem er ihn sonst nicht in Verzug versetzen kann[62]). Aber auch gegen einen handlungsfähigen Schuldner kann durch Interpellation eines Procurators eine Mora des Schuldners begründet werden. Allgemein ist dies jedoch nur in Ansehung des procurator omnium bonorum und des Institors anzunehmen. Es ist auf diese Frage später zurückzukommen, wenn von der Haftung des Schuldners für die Mora seiner Vertreter die Rede sein wird. — Subjective Voraussetzungen der Begründung der Mora durch Interpellation (Verschuldung). Die Interpellation allein genügt zur Begründung der Mora nicht, auch wenn keines der vorher gedachten Erfordernisse fehlt. Hinzukommen muß die Unterlassung der Erfüllung der Obligation von Seiten des Schuldners ungeachtet der Interpellation, und zwar muß diese Unterlassung auf dem durch nichts gerechtfertigten Willen des Schuldners beruhen. Dem Gläubiger liegt aber weder der Beweis der Unterlassung der Erfüllung, noch der der Verschuldung des Schuldners ob; vielmehr hat der Schuldner seine Schuldlosigkeit zu beweisen. Daher werden die Einwendungen, welche der Schuldner davon entlehnt, daß ihm keine Verschuldung zur Last falle, in den Quellen des römischen Rechtes als Entschuldigungsgründe bezeichnet. Es ist nun auf die ein-

---

60) So erklären die Stelle Madai S. 51 flg. Wolff S. 268 flg. Mommsen S. 52. Dagegen hält Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. 1, §. 54, N. 1 jede ohne Auftrag des Gläubigers geschehene Mahnung für wirksam, sofern sie nur vom Gläubiger nachher nicht gemißbilligt wird.

61) L. 24. D. 45. 1. Auch bei juristischen Personen ist eine Mora möglich (L. 78. §. 2. D. 31.); dieselbe setzt, da die Interpellation der juristischen Person selbst unmöglich ist, die Interpellation der Vorsteher voraus. Mommsen S. 56, N. 7. Dagegen will Unterholzner a. a. O. §. 54 bei juristischen Personen die Begründung einer Mora durch Mahnung ganz ausschließen.

62) Vgl. L. 5. §. 20. D. 36. 4.

zelnen Entschuldigungsgründe, welche in den Quellen anerkannt werden, einzugehen, und zwar mit besonderer Beziehung auf die durch Interpellation zu begründende Mora. Die Entschuldigungsgründe lassen sich in zwei Klassen theilen; sie beziehen sich nämlich entweder auf das Bewußtsein des Schuldners oder sie beziehen sich darauf, daß er nicht hat leisten können. Die letzteren gehören der Strenge nach nur insofern hierher, als sie sich auf eine zeitweilige Unmöglichkeit, welche die Obligation selbst nicht aufhebt, beziehen, und auch insoweit ist ihre Natur eine andere, als die zur ersten Klasse gehörigen Entschuldigungsgründe, indem sie zunächst einen Einwand gegen die Klage selbst begründen und also nur indirect den Vorwurf einer Mora abwenden. Es muß aber gerade in diesem Zusammenhange auf dieselben eingegangen werden, weil sich nur dadurch eine klare Anschauung von dem Wesen der Mora in subjectiver Beziehung gewinnen läßt, und man darf sich dabei nicht blos auf die Fälle einer blos zeitweiligen Unmöglichkeit der Leistung beschränken[63]. a) Entschuldigungsgründe, welche sich auf das Bewußtsein des Schuldners beziehen. Zur Annahme einer Mora gehört, daß der Schuldner wisse, daß er schuldig sei oder daß sein in dieser Beziehung stattfindender Irrthum ein nicht entschuldbarer sei. Dies hat wohl Pomponius ausdrücken wollen, wenn er bemerkt[64]: bei der Frage, ob eine Mora anzunehmen sei, sei darauf zu achten: si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere. Dasselbe wird in einigen anderen Stellen bestätigt[65]. Nach diesen Stellen begründet selbst die Einleitung des Processes gegen den Schuldner keine Mora, wofern er sich nur im guten Glauben auf den Streit eingelassen hat[66]. Dagegen ist auch nicht der Ausspruch

---

63) So Mommsen S. 56 flg. Dagegen schließt Wolff S. 299 flg. bei der Erörterung über die excusationes a mora jede genauere Ausführung über die Unmöglichkeit der Leistung aus, weil diese die Obligation selbst aufhebe, wobei er weder die verschuldete, noch die blos zeitweilige Unmöglichkeit berücksichtigt. Inconsequenter Weise führt er dennoch den Umstand, daß der Schuldner eine Einrede gegen die Klage habe, als excusatio a mora an. Siehe Mommsen S. 56, N. 1.

64) L. 5. D. 12. 1.

65) L. 63. D. 50. 17.: Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere. L. 24. pr. D. 22. 1.: Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram: utique si iuste ad iudicium provocavit.

66) Nach einigen Stellen scheint es, als ob das bloße Erbieten zur Einlassung auf einen Proceß, wenn dieser noch nicht eingeleitet ist oder, wenn dies geschehen ist, die Einlassung selbst, wenigstens unter Umständen, ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte in gutem Glauben sich befindet, zur Abwendung des Vorwurfes der Mora hinreiche; vgl. L. 23. pr. L. 32. §. 1. fin. L. 47. D. 22. 1. Von den beiden letzten Stellen wird später noch gesprochen werden; der Grund der Nichtannahme der Mora in ihnen liegt nicht in der Erklärung der Bereitwilligkeit des Schuldners zur Einlassung auf die (vom Gläubiger etwa anzustellende) Klage, sondern darin, daß der Gläubiger bei dieser Erklärung sich beruhigt und dadurch stillschweigend auf den Eintritt der Mora verzichtet hat.

Ulpian's[67]): et hic moram facere videtur, qui litigare maluit, quam restituere. Dieser Ausspruch ist nämlich auf einen Schuldner zu beziehen, welcher aus bloßer Willkür, ohne einen gerechten Grund der Unwissenheit, es auf einen Rechtsstreit ankommen lassen will. Die Frage, ob ein zur Abwendung des Vorwurfes der Mora geeigneter Irrthum anzunehmen sei, ist nach den allgemeinen, über den Irrthum geltenden Grundsätzen zu beantworten. Uebrigens begründet der iustus error nicht blos dann eine Entschuldigung gegen den Vorwurf der Mora, wenn der Schuldner glaubt, daß überhaupt keine Obligation vorhanden sei, sondern auch wenn er irrthümlich meint, daß er eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers habe. Deshalb wird gesagt[68]), dem Schuldner falle schon dann keine Mora zur Last: si ... exceptio aliqua allegetur ... si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur. Es wird aber eine Einrede nur dann als Entschuldigungsgrund gelten können, wenn sie gegen die Forderung selbst gerichtet, nicht, wenn sie sich auf das vom Kläger gewählte Forum oder auf die gewählte Proceßart bezieht. Besonders klar ist dies, wenn der Einleitung des Rechtsstreites eine Interpellation vorhergegangen ist, da der Schuldner zur Zeit der Interpellation nicht wissen konnte, welches Forum und welche Proceßart der Kläger wählen würde. Ferner ist unter Umständen dann ein Entschuldigungsgrund anzunehmen, wenn dem Schuldner der Umfang der Forderung unbekannt ist. Hierauf bezieht sich der Ausspruch des Venulegus[69]): Non potest improbus videri, qui ignorat, quantum solvere debeat. Dieser Entschuldigungsgrund ist namentlich dann zu beachten, wenn der Schuldner selbst nicht im Stande ist, sich über den Betrag der Forderung Kenntniß zu verschaffen, z. B. bei einer Interpellation wegen einer Impensenforderung. Hier muß der Gläubiger den Schuldner durch Rechnungsablage oder auf andere Weise von dem Umfange der Forderung in Kenntniß setzen, ehe von einem Verzuge die Rede sein kann; und selbst dann tritt eine Mora nicht ein, wenn der Schuldner

---

Ebensowenig ist daraus, daß nach L. 23. pr. D. 22. 1. demjenigen, welcher so plötzlich abreisen muß, daß er keinen Vertreter zu dem gegen ihn eingeleiteten oder bevorstehenden Rechtsstreite bestellen kann („ut defensionem sui mandare non possit"), keine Mora zur Last fallen soll, zu folgern, daß der Eintritt der Mora schon durch Bestellung eines Vertreters von Seiten des Schuldners und dadurch, daß dieser Vertreter seine Vertheidigung im Processe übernommen hätte, abgewendet wäre. Die Stelle ist vielmehr mit Mommsen S. 58, N. 3 so zu erklären. Läßt sich der Beklagte auf die angestellte Klage nicht ein, sondern bleibt beharrlich ungehorsam, so ist, wenn der Kläger seine Klage erweist, im Zweifel anzunehmen, daß der Schuldner keine Einwendungen gegen die Klage vorzubringen gehabt habe, mithin durch die Mittheilung der Klage in Verzug versetzt sei. Dies soll nicht gelten, wenn er auf die in der angeführten Stelle angegebene Weise verhindert war, sich persönlich auf die Klage einzulassen und einen Anderen mit seiner Vertheidigung zu beauftragen.

67) L. 82. §. 1. D. 45. 1.

68) L. 21. 22. D. 22. 1.

69) L. 99. D. 50. 17.

aus einem gerechten Irrthum zu der Annahme verleitet ist, daß vom Gläubiger der Betrag der Forderung unrichtig angegeben worden sei. Anders verhält sich die Sache, wenn der Schuldner selbst im Stande ist, sich über den Betrag der Forderung die nöthige Kenntniß zu verschaffen und nur deshalb denselben nicht kennt, weil er die in dieser Beziehung erforderlichen Schritte noch nicht gethan, z. B. seine Rechnungsbücher noch nicht durchgesehen hat. Hier wird die Unkenntniß häufiger als nicht gerechtfertigt anzusehen sein. Als allgemeine Regel kann dies aber nicht gelten; es wird vielmehr auch hier unter Umständen eine Entschuldigung verstattet. So kann z. B. der mit der Auszahlung eines Vermächtnisses zögernde Erbe sich darauf berufen, daß er nicht weiß, ob der Nachlaß solvent sei oder ob nicht wenigstens wegen der Falcidischen Quart das Vermächtniß einen Abzug zu erleiden habe[70]); letzteres, sofern nicht der Legatar Cautionsleistung angeboten hat. Die gedachte Entschuldigung ist aber nur dann zu berücksichtigen, wenn dem Schuldner nicht zur Last fällt, daß er den Betrag der Schuld noch nicht ermittelt hat. Sie darf nicht zur Hinhaltung des Gläubigers benutzt werden und ebensowenig darf der Schuldner zu diesem Zwecke absichtlich den Zustand seiner Unkunde verlängern[71]). Endlich kann sich der Irrthum auch auf die Frage beziehen, ob der Schuldner schon jetzt zu leisten habe und ob die fernere Verzögerung widerrechtlich sei. Wenn auch die Interpellation bezweckt, dem Schuldner zum Bewußtsein zu bringen, daß er durch eine fernere Verzögerung der Erfüllung der Obligation sich einer Rechtsverletzung schuldig mache, so kann doch der Schuldner in dem Glauben stehen, daß die Schuld noch nicht fällig, die Interpellation also verfrüht sei, oder er kann, wenn die Interpellation nicht durch den Gläubiger selbst, sondern durch einen Procurator desselben geschehen ist, irrthümlich meinen, der Interpellirende habe dazu vom Gläubiger keinen Auftrag. Auch hier kann der Irrthum eine Entschuldigung begründen[72]); doch muß es selbstverständlich ein iustus error sein, was immer erst untersucht werden muß. Die bisher erwähnten Entschuldigungsgründe fallen weg, sowie eine Verurtheilung des Schuldners erfolgt ist. Insofern der Schuldner nicht früher im Verzuge war, wird jedoch in diesem Falle die Mora nicht sofort eintreten können; es ist vielmehr der dem Schuldner vom Richter gesetzten Paritionsfrist die Bedeutung beizulegen, daß der Schuldner diese Frist benutzen kann, ohne sich eines Verzuges schuldig zu machen; so daß letzterer in dem fraglichen Falle erst anfängt, nachdem der Schuldner die Frist, ohne zu erfüllen, hat verstreichen lassen[73]). b) **Entschuldigungsgründe, welche darauf beruhen, daß der Schuldner nicht hat leisten können.** Es ist zu unterscheiden, ob die Unmöglichkeit,

---

70) S. L. 3. pr. D. 22. 1.
71) L. 89. §. 1. D. 35. 2.
72) Vgl. L. 13. pr. D. 16. 3.
73) L. 21. D. 5. 1.

auf welche sich der Schuldner beruft, eine wahre, rechtlich anerkannte Unmöglichkeit ist oder nicht. Auf die rechtlich nicht anerkannte Unmöglichkeit darf sich der Schuldner nicht berufen, um den Vorwurf des Verzuges abzulehnen, da er rechtlich als ein solcher gilt, welcher leisten kann; es hilft also dem Schuldner nichts, wenn er sich darauf beruft, daß er zur Zeit der Interpellation kein Geld und keinen Credit gehabt habe oder daß der Eigenthümer der von ihm versprochenen Sache dieselbe nicht habe verkaufen wollen. Auch in Ermangelung einer ausdrücklichen Entscheidung in den Quellen würde dies nach Analogie der Grundsätze von der Culpa anzunehmen sein. In der That wird aber auch der aufgestellte Satz in den Quellen ausdrücklich bestätigt. Eine solche liegt schon in der Bemerkung einer Stelle[74]), daß Umstände, welche keine wahre Unmöglichkeit der Leistung begründen, auch die Verpflichtung zur sofortigen Erfüllung der Obligation nicht ausschließen. Außerdem ist in mehreren Stellen mit Bezug auf die Verpflichtung zur Leistung einer fremden, dem Schuldner nicht gehörigen Sache von einer Mora desselben die Rede, ohne daß das Eintreten derselben von der Möglichkeit des Erwerbes der geschuldeten Sache abhängig gemacht würde[75]). Im allgemeinen kann also nur die wahre, rechtlich anerkannte Unmöglichkeit der Leistung dem Schuldner einen Entschuldigungsgrund gewähren. Doch ist auch hier zwischen der unverschuldeten und der verschuldeten Unmöglichkeit zu unterscheiden. Ist die unverschuldete Unmöglichkeit eine dauernde, so wird dadurch die Obligation selbst aufgehoben, so daß schon deshalb von keiner Mora die Rede sein kann. Die zeitweilige casuelle Unmöglichkeit hebt freilich die Obligation selbst nicht auf; sie begründet aber eine dilatorische Einrede und muß demnach auch dem Schuldner zur Abwendung des Vorwurfes des Verzuges zu Statten kommen. So wird in einer Stelle[76]) die Entscheidung über das Vorhandensein einer Mora auch davon abhängig gemacht, ob die Erfüllung in der Macht des Schuldners gestanden habe oder nicht („in potestate tua fuerit id necne"), welche Worte gewiß nicht auf eine dauernde Unmöglichkeit bezogen werden dürfen. Daher ist die Annahme eines Verzuges unstatthaft, wenn das Hinderniß der Erfüllung am Gläubiger lag. Ebenso wird nach den über die Unmöglichkeit der Leistung geltenden Grundsätzen ein nur die Person des Schuldners betreffendes Hinderniß denselben von dem Vorwurfe des Verzuges befreien, wenn die Leistung von der Art ist, daß sie nur von dem Schuldner, nicht von einem Anderen beschafft werden kann oder wenn der Schuldner durch das Ereigniß, welches ihm die persönliche Vornahme der Leistung unmöglich macht, zugleich verhindert ist, einen Vertreter zu bestellen[77]).

---

74) L. 137. §. 4. D. 45. 1.
75) L. 92. pr. D. 46. 3. L. 91. §. 1. D. 45. 1. L. 22. §. 2. D. 32.
76) L. 5. D. 12. 1.
77) Arg. L. 23. pr. D. 22. 1.

Aus demselben Grunde läßt sich, wenn die Vornahme der Leistung gewisse Vorbereitungen von Seiten des Schuldners oder eine gewisse Zeit erfordert, mit der Interpellation nicht immer sofort der Eintritt eines Verzuges annehmen, außer wenn dem Schuldner zur Last fällt, daß er die nöthigen Vorbereitungen nicht schon vor der Interpellation getroffen hat. Es wird hier bisweilen dem Schuldner eine mäßige Frist zur Erfüllung der Obligation zu verstatten und erst von dem Ablaufe dieser Zeit an die Mora zu berechnen sein [78]). Die Größe des dem Schuldner zu gewährenden Zeitraumes hängt von den besonderen Umständen des einzelnen Falles ab. Folgendes ist hierbei noch zu beachten. Zunächst enthebt die Gewährung der Frist den Schuldner nicht der Verpflichtung, sofort nach der Interpellation die nöthigen Schritte zur Erfüllung der Obligation vorzunehmen; durch die Gewährung der Frist soll nur vermieden werden, daß nicht die Folgen des Verzuges von einer Zeit an beginnen, wo der Schuldner der Interpellation noch gar nicht hat Folge leisten können oder wo ihm wenigstens nichts zur Last fällt, wenn er der Interpellation noch nicht Folge geleistet hat. Nach dieser Auffassung kann die Interpellation bisweilen schon vor dem Ablaufe der dem Schuldner zu gewährenden Frist Wirkungen haben. Zwar kann die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen, Früchten u. s. w., insofern sie durch den Eintritt der Mora bedingt ist, immer erst mit Ablauf der Frist eintreten. Dagegen wird eine vor Ablauf der Frist eingetretene Unmöglichkeit der Leistung den Schuldner nicht von der Haftung befreien, wenn er nicht hinreichend früh die nöthigen Anstalten zur Erfüllung der Obligation traf und wenn das beschädigende Ereigniß ohne diese Versäumniß den Gegenstand der Obligation nicht betroffen hätte. Außerdem ist im Obigen vorausgesetzt, daß der Schuldner verpflichtet ist, den Gegenstand der Obligation dem Gläubiger oder einem Vertreter desselben zu überbringen. Hatte der Gläubiger den Gegenstand der Obligation aus dem Gewahrsam des Schuldners abzuholen oder sich zur Empfangnahme der Leistung bei dem Schuldner einzufinden, so kann von einem späteren Anfange der Mora nicht die Rede sein, wenn nicht auch in diesem späteren Zeitpunkte der Gläubiger die Anstalten zur Entgegennahme getroffen, also sich in diesem Zeitpunkte wieder bei dem Schuldner eingestellt hat. In dem letzteren Falle wird jedoch, sofern hier dem Schuldner eine mäßige Frist zu verstatten ist, diese gewöhnlich von der Zeit der Fälligkeit der Obligation und nicht von der Zeit der Interpellation an zu berechnen sein, indem vom Schuldner verlangt wird, daß er sofort nach der Fälligkeit sich zur Leistung bereit mache, so daß er, wenn sich demnächst der Gläubiger meldet, dieselbe sofort beschaffen kann [79]). Bisher

78) Vgl. L. 21. D. 5. 1. L. 71. §. 2. D. 30. L. 105. D. 46. 3.

79) Die älteren Schriftsteller verstatten meistens dem Schuldner noch nach der Interpellation eine mäßige Frist, ohne die einzelnen Fälle genügend zu unterscheiden. Einige fehlen auch darin, daß sie die Größe des Zeitraums in Gemäßheit der L. 21. §. 1. D. 13. 5. (wo eine Frist von zehn Tagen als modicum

war nur von der unverschuldeten Unmöglichkeit die Rede. Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn die Unmöglichkeit eine vom Schuldner verschuldete ist. Der Schuldner haftet in den Fällen einer verschuldeten Unmöglichkeit ganz so, als ob der Gegenstand der Obligation noch geleistet werden könnte. Demzufolge ist anzunehmen, daß die verschuldete Unmöglichkeit der Leistung ebensowenig den Schuldner von dem Vorwurfe der Mora befreien kann, als die Unmöglichkeit, welche rechtlich nicht als eine solche anerkannt wird. Dagegen läßt sich nicht anführen, daß das römische Recht kein Interesse wegen verspäteter Leistung eines Interesse verstattet habe. Die Klage geht in den Fällen einer verschuldeten Unmöglichkeit fortwährend auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation; der Schuldner, welcher wegen einer verschuldeten Unmöglichkeit der Interpellation nicht Folge leistet, hat ebenso wie in den Fällen, wo er leisten konnte, den Gläubiger in die Lage zu versetzen, in welcher derselbe gewesen wäre, wäre ihm zur Zeit der Interpellation der ursprüngliche Gegenstand der Obligation geleistet worden. Diese Ansicht wird durch mehrere Entscheidungen der römischen Juristen bestätigt[80]. Aus diesen ergiebt sich, daß die verschuldete Unmöglichkeit der Leistung die Begründung einer Mora nicht hindert. Es entsteht jedoch die Frage, ob dieser Satz allgemein oder nur unter gewissen Beschränkungen gelte. Zunächst könnte darauf Gewicht gelegt werden, daß in den Fällen, welche in L. 45. D. 45. 1. und L. 21. D. 18. 4. entschieden werden, der geschuldete Gegenstand ungeachtet der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung zur Zeit der Interpellation noch vorhanden war. Eine solche Beschränkung ist aber nicht zu rechtfertigen, weil die Freilassung eines geschuldeten Sclaven in den Quellen durchaus als Untergang der geschuldeten Sache betrachtet wird[81]), und weil in L. 5. D. 12. 1. der durch einen Dolus des Schuldners herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung ohne alle Beschränkung die Wirkung versagt wird, den Eintritt der Mora zu verhindern. Ebensowenig ist das über die verschuldete Unmöglichkeit der Leistung Bemerkte auf die durch einen Dolus des Schuldners herbeigeführte Unmöglichkeit zu beschränken. Zwar beziehen sich die beiden zuerst angeführten Stellen auf Fälle, in welchen der

---

tempus bestimmt wird) für alle Fälle genau zu bestimmen suchen. Die Ansichten der neueren Schriftsteller hinsichtlich des im Text erwähnten modicum tempus weichen von den von Mommsen vorgetragenen, hier angenommenen theilweise ab. So nimmt Sintenis, prakt. gem. Civilrecht Bd. 2, S. 202 an, daß der Uebergang der Gefahr auf den Schuldner immer sogleich erfolgt und daß auch die übrigen Folgen des Verzuges, sofern der Schuldner das modicum tempus nicht benutzt, sogleich mit der Interpellation eintreten. Aehnlicher Ansicht ist Madai S. 84 flg. Allein die Consequenz erfordert, daß man, wenn man dem Schuldner, wie dies in einigen Fällen geboten ist, eine mäßige Frist zur Erfüllung verstattet, dann auch die Folgen des Verzuges nicht ohne weiteres schon mit der Interpellation eintreten läßt.

80) Vgl. L. 5. D. 12. 1. L. 21. D. 18. 4. besonders aber L. 45. D. 45. 1.

81) Vgl. L. 92. pr. L. 98. §. 8. D. 46. 3.

Schuldner sich selbst durch doloses Benehmen in die Lage versetzt hat, nicht leisten zu können, und ebenso erwähnt auch die dritte Stelle nur den dolus malus. Wie aber die beiden ersten Stellen durchaus keinen Grund zu einem Schlusse vom Gegentheile geben, da sie es gar nicht besonders hervorheben, daß der Schuldner einen Dolus verschuldet habe, so ist auch auf den in der dritten Stelle gebrauchten Ausdruck kein entscheidendes Gewicht zu legen. Aus inneren Gründen ist aber die erwähnte Beschränkung auf die durch Dolus herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung nicht zu rechtfertigen, da die aus der Unmöglichkeit der Leistung entlehnte Einrede zunächst gegen die Forderung selbst geht und nur indirect zur Abwendung des Vorwurfes der Mora dient. Die Entscheidung der Frage, ob eine verschuldete oder unverschuldete Unmöglichkeit anzunehmen sei, wird daher auch in der hier fraglichen Beziehung davon abhängen müssen, welcher Grad der Culpa in dem in Frage stehenden obligatorischen Verhältnisse zu leisten ist. Dies wird auch nicht blos dann gelten, wenn es sich um eine dauernde Unmöglichkeit der Leistung handelt, sondern auch dann, wenn der Schuldner zur Abwendung des Vorwurfes der Mora sich auf eine zeitweilige, zur Zeit der Klagerhebung vielleicht schon beseitigte Unmöglichkeit beruft. Das römische Recht hat sich auf die bis jetzt dargestellten hauptsächlichsten Klassen der Entschuldigungsgründe nicht beschränkt, sondern ist noch weiter gegangen, indem es auch dann eine Entschuldigung zuläßt, wenn der Schuldner zwar sofort erfüllen kann, aber die Leistung aufschiebt, um durch Zuziehung von Zeugen oder auf andere Weise sich den Beweis der Erfüllung zu sichern, welchen er bei sofortiger Leistung sich nicht würde sichern können. Doch findet ein solches Vorgeben keine Berücksichtigung, wenn es nur zum Zwecke der Verzögerung der Sache geschieht[82]). Es wird aber dieser Entschuldigungsgrund immer nur einen kurzen Aufschub rechtfertigen können und ist deshalb praktisch zwar weniger von Bedeutung, insofern aber doch von Gewicht, als er ergiebt, in welchem großen Umfange die römischen Juristen eine Entschuldigung gegen den Vorwurf der Mora verstatteten. Nach den bisherigen Ausführungen setzt das römische Recht zum Eintritte einer Mora infolge der Interpellation voraus, erstens, daß der Schuldner gewußt habe, daß er schuldig sei und daß seine Zögerung rechtswidrig sei oder daß er sich in dieser Beziehung in einem nicht entschuldbaren Irrthume befunden habe; zweitens, daß der Schuldner erfüllen konnte oder, wenn er dies nicht konnte, die Unmöglichkeit eine solche gewesen sei, welche rechtlich nicht anerkannt wird, sei es wegen ihrer Beschaffenheit oder wegen der Verschuldung, wodurch sie herbeigeführt ist. Wer aber die Erfüllung verzögert, obschon er erfüllen kann und obschon er weiß, daß er durch seine Zögerung das Recht des Gläubigers verletzt oder in letzterer Beziehung in einem nicht entschuldbaren Irrthume ist, macht sich eines Dolus oder einer

82) L. 21. 22. D. 22. 1.

culpa lata schuldig. Nur in seltenen Ausnahmefällen trifft dies nicht zu, und dann wird auch, wie die in der letzten Note angeführten Stellen ergeben, keine Mora angenommen. Hiernach ist anzunehmen, daß die durch Interpellation begründete Mora nach ihrem Wesen einen Dolus im weiteren Sinne des Wortes voraussetzt. Dabei ist nur zu beachten, daß die rechtlich nicht anerkannte Unmöglichkeit der Leistung den Eintritt der Mora nicht hindert. Dies ist aber, wenn auch die römischen Juristen in diesen Fällen den Ausdruck dolus nicht gebrauchen, auf die Bestimmung des Wesens der Mora ohne Einfluß; der Grund, warum in den gedachten Fällen, ungeachtet der Schuldner nicht leisten kann, eine Mora angenommen wird, liegt allein darin, daß das Recht hier keine Unmöglichkeit der Leistung anerkennt. Die Richtigkeit dieser von Mommsen aufgestellten Ansicht wird auch durch manche einzelne Zeugnisse bestätigt; zunächst durch den Ausspruch Julian's in L. 63. D. 50. 17., daß derjenige, welcher ohne Dolus auf eine gerichtliche Entscheidung provocirt, sich keiner Mora schuldig mache; ferner dadurch, daß die in L. 21. D. 22. 1. angeführten Entschuldigungsgründe nach L. 22. D. eod. nur dann Berücksichtigung finden sollen, „si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur.“ Endlich spricht für diese Ansicht der Umstand, daß die Mora in den Quellen wiederholt eine frustratio genannt wird [83]); indem das Wort frustrari recht eigentlich das frivole Hinhalten des Gläubigers bezeichnet [84]). Dennoch haben in neuerer Zeit Manche behauptet, daß die Mora keine Verschuldung voraussetze [85]). Sie berufen sich theils darauf, daß die Mora in den Quellen als besonderes Institut neben der Culpa behandelt wird, theils darauf, daß die für die Mora häufig gewählte Bezeichnung: per aliquem stat, quo minus etc. nicht auf eine Verschuldung hindeute, theils endlich auf einzelne Entscheidungen der Quellen. Der erste Grund wird durch das oben unter 2. Erwähnte widerlegt; die Trennung des Institutes der Mora von der Culpa erklärt sich leicht und natürlich, ohne daß man zur Annahme der eben bemerkten Ansicht genöthigt ist. Die Bezeichnung: per aliquem stat, quo minus etc. wird nun zwar allerdings sehr häufig gebraucht, um die Mora zu bezeichnen, und sie braucht nicht nothwendig auf eine Verschuldung bezogen zu werden; es liegt aber am nächsten, diese Worte auf Unterlassungen zu beziehen, welche sich der Person, um welche es sich handelt, zurechnen lassen, also, insofern sie vom Schuldner gebraucht werden, sie auf eine Verschuldung zu beziehen. Diese Bedeutung hat auch den römischen Juristen am nächsten gelegen,

---

83) L. 37. D. 17. 1. L. 3. §. 4. D. 22. 1. L. 89. §. 1. D. 35. 2. L. 5. §. 20. D. 36. 4. Vgl. auch L. 19. D. 43. 16.

84) S. L. 24. 25. D. 4. 6. L. 78. pr. D. 3. 3. L. 2. §. 27. D. 38. 17.

85) Glück, Erl. der Pand. Bd. 8, S. 426. Puchta, Pandekten §. 269. Sintenis, Civilrecht Bd. 2, §. 93, N. 50. Die Mora im technischen Sinne setzt nach der Ansicht dieser Schriftsteller nur voraus, daß die Interpellation gehörig geschehen und daß keine gesetzliche Excusation begründet sei.

wie sich namentlich daraus ergiebt, daß die Worte: per te non stat, wiederholt bei Leistungen, welche einen persönlichen Charakter haben, gebraucht werden, wenn zwar ein in der Person des Schuldners eingetretenes Hinderniß der Erfüllung entgegensteht, dieses Hinderniß aber dem Schuldner nicht zugerechnet werden kann [86]). Die gedachten Worte sind also nicht geeignet, Zweifel gegen die aufgestellte Ansicht zu erwecken. Endlich sind die einzelnen Entscheidungen, auf welche man sich berufen hat, nicht beweisend. Es ist daher daran festzuhalten, daß die durch Interpellation begründete Mora nach ihrem Wesen eine Verschuldung des Schuldners voraussetzt. Diese Ansicht war bisher die herrschende und zählt auch noch jetzt viele Anhänger [87]).

5) Ausnahmsweise Begründung der Mora des Schuldners ohne Interpellation. Die Begründung der Mora durch Interpellation bildet die Regel; doch bedarf es nicht in allen Fällen zum Eintritte einer Mora des Schuldners einer Interpellation. Die ohne vorhergehende Interpellation eintretende Mora heißt jetzt gewöhnlich mora ex re, im Gegensatze der durch Interpellation begründeten Mora, der mora ex persona. Die Ausdrücke selbst sind quellenmäßig; doch wird der Ausdruck mora ex re in den Quellen nicht ganz in der jetzt ihm beigelegten Bedeutung gebraucht. Durch den Ausdruck: mora ex re oder in re, wird nur die Interpellation negirt; das Wort mora wird aber in dieser Verbindung nicht auf die Mora im technischen Sinne beschränkt, sondern auch auf einen solchen Verzug bezogen, welcher zwar einzelne Nachtheile für den Schuldner mit sich führt, aber sich nicht als wahre Mora auffassen läßt. So wird z. B. das Recht der Minderjährigen, von der Zeit der Fälligkeit ihrer Forderung an Zinsen zu fordern, aus einer mora ex re abgeleitet, obgleich hier keine wahre Mora angenommen werden kann. Von den vielen bis in die neuere Zeit aufgeführten Fällen, in welchen es einer Interpellation zur Begründung der Mora nicht bedürfen sollte, finden nur zwei in den Quellen eine sichere Bestätigung, welche daher zunächst in Betracht zu ziehen sind. a) Begründung der Mora gegen abwesende Schuldner. Bedürfte es zur Begründung der Mora in allen Fällen einer Interpellation, so könnte sich der Schuldner der nachtheiligen Folgen der Mora durch Wahl eines anderen Aufenthaltsortes und Verheimlichung desselben entziehen. Ferner könnte der Schuldner, auch ohne Verheimlichung seines Aufenthaltsortes, in vielen Fällen den Anfang der Mora hinausschieben, indem er sich am Erfüllungsorte nicht antreffen ließe. Zur Abwendung dieser Uebelstände ist im römischen Rechte in den Fällen der Abwesenheit des Schuldners die Begründung einer Mora ohne Interpellation zugelassen [88]). Die besonderen Bedingungen dieser Mora werden nicht

86) L. 5. pr. D. 12. 4. L. 15. pr. D. 38. 1. L. 1. §. 13. D. 50. 13.

87) J. B. Ratjen, de mora §. 2. Madai §. 2. Wolff §. 20. Vangerow, Leitfaden Bd. 3, §. 588, Anm. 1.

88) Dies ergeben folgende Stellen: L. 23. §. 1. D. 22. 1. L. 2. D. 22. 2.

angeführt; doch lassen sich aus den sonstigen Regeln über den Verzug folgende Grundsätze entnehmen: aa) Vorauszusetzen ist, daß der Schuldner an dem Erfüllungsorte zur Erfüllungszeit nicht anzutreffen gewesen ist, auch dort einen Bevollmächtigten nicht bestellt hat, welcher wirksam interpellirt werden könnte. Selbstverständlich kann hier die Abwesenheit des Schuldners von seinem Wohnorte nicht genügen, da sie ja eben darin ihren Grund haben könnte, daß er am Erfüllungsorte anwesend ist. bb) Der Gläubiger muß den Willen gehabt haben, den Schuldner zu interpelliren und nur durch die Abwesenheit des Schuldners daran gehindert sein. Dieser Wille allein genügt aber nicht; auch ist er als innere Thatsache schwer erweislich. Deshalb ist, wie Mommsen annimmt, zum Beginn der Mora erforderlich, daß der Gläubiger vor Gericht erkläre, er habe den Willen gehabt, den Schuldner zu interpelliren und sei durch die Abwesenheit desselben an der Ausführung seines Willens verhindert worden, sowie daß eine gerichtliche Urkunde über diese Erklärung aufgenommen werde. In dieser Weise ist der üblichen Bedeutung der Worte gemäß das „testatione complecti" in der L. 2. D. 22. 2. zu verstehen. Auch spricht für das erwähnte Erforderniß die Analogie der Mora des Gläubigers [89]). Manche verlangen auf Grund einer Stelle [90]) außerdem noch ein, nach vorgängiger Untersuchung der Sache zu erlassendes richterliches Decret, wodurch der Schuldner förmlich in Verzug erklärt werde [91]). Dagegen ist mit Mommsen Folgendes zu bemerken. In der L. 2. D. 22. 2. wird ausdrücklich gesagt, daß schon das „testatione complecti" die petitio, d. h. die Interpellation vertrete. Ebenso geschieht mit Bezug auf die Mora des Gläubigers des Erfordernisses eines richterlichen Decretes zur Begründung der Mora im Falle einer Abwesenheit des Gläubigers keine Erwähnung [92]). Ueberdies würde eine Bestimmung, welche den Eintritt von dieser Voraussetzung abhängig machte, dem Gläubiger einen in vielen Fällen nicht sofort beizubringenden Beweis auferlegen und so den Anfang der Mora manchmal länger hinausschieben, und zwar ohne allen Nutzen, da doch die Untersuchung, ob wirklich sämmtliche Voraussetzungen der Mora vorgelegen haben, in dem über die Schuldsache selbst zu führenden Rechtsstreite dadurch nicht vermieden würde. Hiernach ist die L. 23. §. 1. D. 22. 1. nicht auf ein zur Begründung der Mora erforderliches richterliches Decret zu beziehen; vielmehr beziehen sich die Worte: decerni solet nur darauf, daß das Gericht, welches über die Schuldsache selbst zu entscheiden hat, in dem in Frage stehenden Falle auf die Folgen der

---

89) Vgl. L. 6. fin. C. IV. 32.: ... absente vero creditrice praesidem super hoc interpellare debueras.

90) L. 23. §. 1. D. 22. 1.: Aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non extat, qui conveniatur.

91) Z. B. Madai, Mora S. 177 flg. Sintenis, Civilrecht Bd. 2, S. 203.

92) Siehe die in Note 89 angeführte Stelle.

Mora erkennen kann, ohne daß eine Interpellation erfolgt ist. cc) Endlich müssen auch die subjectiven Voraussetzungen der Mora vorhanden sein, indem die bisherigen Umstände nur die Interpellation vertreten können. In dieser Beziehung ist namentlich erforderlich, daß der Schuldner das Dasein der Verpflichtung und die Fälligkeit derselben gewußt oder sich diesfalls in einem nicht entschuldbaren Irrthum befunden hat; ferner, insofern der Erfüllungsort der Obligation nicht identisch mit dem Wohnorte des Schuldners ist, daß er infolge der Uebereinkunft oder der sonst vorliegenden Umstände eine genügende Veranlassung hatte, am Erfüllungsorte selbst anwesend zu sein oder dort durch Bestellung eines Bevollmächtigten für die Erfüllung zu sorgen; endlich daß es dem Schuldner auch möglich war, am Erfüllungsorte in Person anwesend zu sein oder einen Vertreter zu bestellen. Das Letztere wird wenigstens indirect durch L. 23. pr. D. 22. 1. bestätigt. Allerdings sind die Worte dieser Stelle zunächst auf Fälle zu beziehen, wo eine Interpellation (Mittheilung der Klage) bereits erfolgt war; die Stelle kann jedoch, da im §. 1 derselben von der Begründung der Mora gegen Abwesende die Rede ist, füglich zugleich für unseren Fall benutzt werden[93]). b) Begründung der Mora durch Delict. In den Fällen, in welchen der Schuldner durch ein Delict zur Restitution des Gegenstandes, auf welchen das Delict sich bezog, verpflichtet ist, entsteht zugleich mit der auf die Restitution gerichteten Obligation eine Mora, ohne daß eine Interpellation nöthig ist. Der am meisten in den Quellen besprochene Fall ist der des furtum. Es wird nämlich zur Motivirung der Verpflichtung des fur zur Erstattung des Zeitinteresse wiederholt ausgesprochen, daß derselbe von dem Augenblicke der Begehung des Delictes an fortwährend in Mora sei[94]). Eine solche durch Delict begründete Mora wird anerkannt für alle Fälle des furtum, auch für diejenigen, welche nicht unter den heutigen Begriff des Diebstahles fallen[95]), ferner auch für die im römischen Rechte besonders hervorgehobenen Fälle, z. B. den abigeatus[96]), endlich auch für die Fälle der actio rerum amotarum[97]). Auch begründet der Raub ohne Zweifel eine Mora, da auch

93) Den Worten nach kann L. 23. §. 1. D. 22. 1., welche im Obigen nur auf die Begründung einer Mora gegen abwesende Schuldner bezogen worden ist, allerdings auch auf andere Fälle bezogen werden, z. B. auf den Fall, wenn der Schuldner wahnsinnig ist und keinen Curator hat, oder wenn er gestorben und die Erbschaft noch nicht angetreten ist, weil sich auch hier sagen läßt: non extat, qui conveniatur. Dennoch ist in diesen Fällen an dem Erforderniße der Interpellation festzuhalten, wie sich namentlich aus L. 5. §. 20. D. 36. 4. klar ergiebt; der Gläubiger muß zur Begründung der Mora die Bestellung eines Curators des Wahnsinnigen beantragen u. s. w.

94) L. 8. §. 1. L. 20. D. 13. 1.: videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.

95) Vgl. L. 16. D. 13. 1. L. 1. §. 25. D. 16. 3.

96) L. 7. C. IV. 7.

97) L. 17. §. 2. L. 29. D. 25. 2.

hier die Diebstahlsklagen zulässig waren[98]). Bei den Klagen, welche als eigentliche Delictsklagen aufgefaßt wurden, bedurfte es der Annahme einer Mora nicht. Dennoch übertrug man diese von der condictio furtiva auch auf die Fälle, in welchen der Besitz eines Gegenstandes durch vis, sei es durch unmittelbare Anwendung körperlicher Gewalt oder durch Drohungen, erlangt ist. So heißt es mit Bezug auf das interdictum de vi, der Dejicient hafte ebenso wie der fur[99]), und es wird zur Motivirung dieses Satzes bemerkt: ubi enim quis deiecit, per eum stetisse videtur, quo minus restitueret[100]). Ebenso wurde eine Mora wohl auch in den Fällen der actio quod metus causa angenommen[101]). Was von dem Diebe und demjenigen gilt, welcher sich mit Gewalt in den Besitz fremder Sachen gesetzt hat, ist aber nicht auf jeden malae fidei possessor auszudehnen. Die Mora ist die Verzögerung einer schuldigen Leistung; sie setzt also nothwendig ein obligatorisches Verhältniß voraus, welches jedoch zwischen dem Eigenthümer und dem unredlichen Besitzer nicht besteht, außer wenn dieser durch ein Delict den Besitz erlangt hat[102]). Dagegen wird der unredliche Besitzer durch die Litiscontestation in Verzug versetzt. Es ist dies aber keine Ausnahme von der Regel; vielmehr sind in dem erwähnten Falle alle Voraussetzungen für die regelmäßige Begründung der Mora vorhanden: ein obligatorisches Verhältniß, welches eben durch die Litiscontestation begründet wird, eine Interpellation, welche in der Einleitung des Rechtsstreites liegt, und eine dolose rechtswidrige Verzögerung der Leistung. Die Annahme einer Mora erklärt auch, warum der unredliche Besitzer nach der Litiscontestation strenger haftet, als vor derselben, und warum seine Haftung nach der Litiscontestation strenger ist, als die Haftung des redlichen Besitzers nach diesem Zeitpunkte[103]). Heutzutage treten die materiellen Wir-

98) Vgl. L. 1. D. 47. 8. Pr. Inst. IV. 2. S. auch L. 9. C. VI. 2.

99) L. 1. §. 34. D. 43. 16. Vgl. auch L. 1. C. de his, quae vi (II. 19. (20.)).

100) L. 1. §. 35. D. 43. 16.

101) Dafür spricht die Analogie des interdictum de vi.

102) Vgl. Madai §. 29, welcher jedoch S. 187 mit Unrecht in der L. 25. §. 2. D. 5. 3. die indirecte Anerkennung einer Mora findet und zur Rechtfertigung dieser Behauptung die invasio hereditatis, auf welche die angeführte Stelle sich bezieht, als ein Delict auffaßt. Vgl. darüber Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. 6, S. 90 flg., 108.

103) Siehe besonders L. 36. §. 3. L. 40. pr. D. 5. 3. Nach der letzteren Stelle befreit der nach der Litiscontestation erfolgte Untergang der in Anspruch genommenen Sache den unredlichen Besitzer nicht von seiner Haftung, wenn der Kläger durch einen Verkauf der Sache den Verlust von sich hätte abwenden können, während dies nach derselben Stelle nicht für den redlichen Besitzer gilt. Auch ist die Haftung des unredlichen Besitzers nicht so streng, wenn der Untergang vor dem Rechtsstreite erfolgt; vielmehr befreit den praedo, welcher doloser Weise sich der Erbschaftssachen entäußert hat, nach L. 36. §. 3. D. 5. 3. der vorher erfolgte Untergang der Sachen, vorausgesetzt, daß dieser Untergang nicht als Folge der dolosen Veräußerung angesehen werden kann; er giebt in diesem Falle nur die Bereicherung heraus. Eine andere Verschiedenheit zeigt sich in Ansehung der Verpflichtung zur Erstattung der Früchte. — Aus L. 20. §. 11.

kungen der Litiscontestation mit der Insinuation der Klagschrift ein, und deswegen müssen die Folgen der Mora im heutigen Rechte schon mit dem letzteren Zeitpunkte für den unredlichen Besitzer eintreten [104]. c) Begründung der Mora bei betagten Obligationen (dies interpellat pro homine). aa) Römisches Recht. Wichtiger als die unter a. und b. erwähnten Ausnahmen von dem Erfordernisse der Interpellation ist die Ausnahme, welche hinsichtlich solcher Forderungen, denen ein bestimmter Erfüllungstermin beigefügt ist, von sehr Vielen behauptet wird. Für diese Forderungen soll die Regel: dies interpellat pro homine, gelten, welcher Regel die Bedeutung beigelegt wird, daß der Ablauf des dies dieselben Wirkungen haben soll, wie die Interpellation, daß also hier eine Interpellation nicht nöthig ist, damit sofort mit dem Ablaufe der bestimmten Erfüllungszeit eine Mora des Schuldners eintreten könne. Die erwähnte Regel hat bis vor kurzer Zeit, namentlich in Teutschland, allgemeine Anerkennung gefunden; erst in der neuesten Zeit haben mehrere Schriftsteller die Richtigkeit derselben lebhaft angegriffen; der darüber erhobene Streit ist noch immer nicht zum Abschlusse gelangt [105]. Die Sache ist allerdings zweifelhaft. Man wird mit Mommsen zwischen dem römischen und dem heutigen Rechte unterscheiden müssen; nach dem ersteren ist die Regel nicht begründet, wohl aber nach der letzteren. Es ist zuvörderst das römische Recht zu betrachten, und hierbei handelt es sich nicht sowohl um Aufstellung neuer Gründe, als um eine Prüfung der von verschiedenen Seiten bereits angeführten Gründe. Es ist zuvörderst auf die allgemeinen Gründe, welche aus der rechtlichen Natur des dies und der Bedeutung der Interpellation entnommen sind, einzugehen; sodann sind

---

L. 25. §. 7. D. 5. 3. ist von Vielen abgeleitet worden, daß der redliche Besitzer durch die Litiscontestation in bösen Glauben versetzt werde. Vgl. dagegen Savigny a. a. O. S. 85 flg. Derselbe hat auch (S. 177 flg.) bewiesen, daß für den redlichen Besitzer eine Mora erst durch den arbitratus iudicis (den Restitutionsbefehl) entstand, wodurch ihm die bona fides nothwendig entzogen wurde. Darauf bezieht sich L. 15. §. 3. D. 6. 1. Siehe Savigny a. a. O. S. 177 flg. Wächter, Erörter. Heft 3, S. 133, N. 93a. Doch trat diese Mora nicht immer unmittelbar mit dem arbitratus ein, wenn dem Beklagten begründete Entschuldigungsgründe zustanden; vgl. §. 2. Inst. IV. 17. Eine Ausnahme von der Regel, daß eine Interpellation zur Begründung der Mora nöthig sei, lag in der Annahme einer Mora für diesen Fall ebensowenig, wie in der Annahme, daß für den unredlichen Besitzer mit der Litiscontestation die Wirkungen der Mora eintreten. Heutzutage kann für den redlichen Besitzer erst mit dem Endurtheil die Mora beginnen, da wir im heutigen Proceßverfahren den Unterschied zwischen arbitratus iudicis und condemnatio nicht kennen.

104) Savigny a. a. O. S. 278, 279.

105) Die Regel ist ausführlicher angefochten worden von Neustetel, im Archiv f. civil. Praxis Bd. V, S. 221 flg. Schröter, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. IV, S. 100—200. Bd. VII, S. 84 flg. Wolff, Mora §. 27—29. Vertheidigt haben dieselbe Thibaut, im Archiv f. civil. Praxis Bd. VI, S. 45 flg. Bd. XVI, S. 182 flg. Madai, Mora §. 16—24. Vangerow, Leitfaden Bd. 3, §. 588, Anm. 2.

die hauptsächlicheren der für und wider die Regel angeführten Stellen zu betrachten. Die Gegner der Regel berufen sich auf den Satz: diei adiectio pro reo est, non pro stipulatore, ein Satz, welcher sich in mehreren Stellen ausgesprochen findet[106]). Sie bemerken nämlich, es würde der civilistischen Consequenz zuwider sein, wenn der Schuldner durch eine Thatsache, welche nur seinen Vortheil bezwecke, in eine Menge Nachtheile verwickelt würde. Bei näherer Betrachtung der Stellen, auf welche man sich beruft, erscheinen dieselben nicht geeignet, als eine sichere Grundlage für eine solche Schlußfolgerung zu dienen. Die unmittelbare Folge der Beifügung des dies ist allerdings eine dem Schuldner günstige, indem der Gläubiger nicht sofort die Erfüllung fordern kann; und mit specieller Beziehung auf diese Folge wird in den erwähnten Stellen der Satz, daß die Beifügung des dies den Vortheil des Schuldners, nicht des Gläubigers bezwecke, ausgesprochen. Hieraus folgt aber nicht, daß die Beifügung des dies einzig und allein eine Bedeutung zu Gunsten des Schuldners hat. Der civilistischen Consequenz wäre es nicht zuwider, wenn der Schuldner dafür, daß ihm der Vortheil einer Erfüllungsfrist gewährt ist, nun auch desto strenger verpflichtet wäre, binnen dieser Frist die Leistung zu bewirken. Will man dennoch die Stellen als Beweisstellen gegen die Regel: dies interpellat pro homine, benutzen, so ist dem in denselben ausgesprochenen allgemeinen Satze eine Bedeutung beizulegen, welche weit über die Folge der Beifügung des dies hinausgeht, mit Beziehung auf welche derselbe ausgesprochen ist. Bedenklich aber ist es, solche allgemeine Sätze zu urgiren. Ueberdies ist der Umstand, daß nach mehreren Stellen im Falle der Nichterfüllung einer betagten Obligation die Schätzung nach dem für die Erfüllung bestimmten Tage erfolgen soll[107]), wohl geeignet, Zweifel gegen die allgemeine und unbedingte Geltung des in Frage stehenden Satzes zu erregen. Ferner kann man sich gegen die Regel nicht darauf berufen, daß die betagte Obligation mit dem Ablaufe des dies eine unbetagte werde und daß in der unterlassenen Interpellation nothwendig immer eine stillschweigende Prolongation der Zahlung liege. Diese Gründe fallen in der That mit dem zuerst angeführten zusammen. Denn nur dann, wenn die Beifügung des dies nur eine Bedeutung zu Gunsten des Schuldners hat, läßt sich sagen, daß der Ablauf des dies keine andere Wirkung hat, als daß die bisher betagte Obligation in eine unbetagte verwandelt wird und daß die Unterlassung der Interpellation nothwendig eine stillschweigende Prolongation enthält. Dem letzteren Satze ist jedoch zugleich eine selbstständige Bedeutung gegeben, indem man sich auf das Recht des Precarium und der Sachenmiethe berufen hat, in welchen Verhältnissen allerdings die Unterlassung der Interpellation als eine

---

106) L. 41. §. 1. D. 45. 1. L. 17. D. 50. 17.
107) Z. B. L. 22. D. 12. 1. L. 4. D. 13. 3.

stillschweigende Prolongation aufgefaßt wird[108]). Die Berufung auf das Precarium ist aber unzulässig, weil dasselbe kein eigentlich obligatorisches Verhältniß ist. Auch ist die tacita relocatio ein Institut, aus welchem sich offenbar keine allgemeineren Schlüsse ziehen lassen. In gleicher Weise sind auch die aus der Bedeutung der Beifügung des dies und der Interpellation entlehnten Gründe, welche auf der anderen Seite zur Vertheidigung der Regel: dies interpellat pro homine, angeführt worden sind, nicht beweisend. Es ist gesagt worden: die unbetagte Obligation werde durch die Interpellation zu einer betagten, indem durch die Interpellation der Zahlungstermin bestimmt werde; werde also der dies nicht als ausreichend zur Begründung der Mora anerkannt, so könne auch die Interpellation zur Begründung der Mora nicht genügen. Daß aber durch die Interpellation die Obligation zu einer betagten werde, ist unrichtig, insofern die Interpellation die Aufforderung zur sofortigen Erfüllung ist. Der gedachte Satz läßt sich nur dann vertheidigen, wenn die Interpellation nicht auf eine sofortige Erfüllung geht, sondern auf die Erfüllung bis zu einem bestimmten späteren Termine. Darüber aber, ob in dem letzten Falle mit Ablauf der bestimmten Zeit eine Mora eintritt, enthalten die Quellen keine Entscheidung, und würde auch der Aufforderung, eine bereits fällige Schuld bis zu einem bestimmten Tage zu erfüllen, die Wirkung der Begründung der Mora mit Ablauf dieses Tages beigelegt, so würde doch daraus noch nicht folgen, daß auch die Beifügung des dies diese Wirkung haben müsse, da diese an sich als eine eigentliche Mahnung nicht aufgefaßt werden kann. Außerdem berufen sich die Vertheidiger der Regel namentlich auf den bereits erwähnten Grundsatz, daß die Schätzung im Falle der Nichterfüllung einer betagten Obligation nach der bestimmten Erfüllungszeit sich richtet, indem man dies als Folge der mit dem Ablaufe des dies eintretenden Mora betrachtete. Der Schluß von der für die Schätzung festgesetzten Zeit auf das Dasein eines Verzuges ist aber kein sicherer. Die Erörterung über die erwähnten allgemeinen Gründe führt nach dem eben Bemerkten nicht weiter. Es ist daher auf die Entscheidungen des römischen Rechtes einzugehen, in welchen man eine directe Bestätigung oder Widerlegung der Regel: dies interpellat pro homine, hat finden wollen, mit vorläufigem Abschlusse der von Justinian selbst herrührenden Gesetze. Was zuerst die für die Regel angeführten Stellen betrifft, so ist deren Zahl sehr bedeutend; die meisten derselben können jedoch hier übergangen werden, weil sie nur den Satz enthalten, daß die für den Fall, wenn der Schuldner die Obligation nicht bis zu einer bestimmten Zeit erfüllt, vertragsmäßig festgestellten nachtheiligen Folgen, z. B. die für diesen Fall bedungene Conventionalstrafe, sofort mit dem Ablaufe des dies verwirkt sein sollen, wenn bis dahin nicht

108) L. 4. §. 4. D. 43. 26. L. 13. §. 11. L. 14. D. 19. 2. L. 16. C. IV. 65.

erfüllt worden ist. Zur Erklärung dieses Satzes bedarf es nämlich nicht der Annahme einer Mora; derselbe folgt vielmehr aus den Regeln über die Bedingungen, nach welchen zur Geltendmachung eines bedingten Versprechens nur die Erfüllung der Bedingung erfordert wird [109]). Nur zwei der in diese Klasse gehörigen Entscheidungen sind näher zu betrachten, weil es hinsichtlich ihrer nicht so klar vorliegt, daß sie sich auf Fälle der hier in Frage stehenden Art beziehen. Die erste dieser Stellen (L. 8. D. 2. 11.), welche sich auf die prätorische Stipulation iudicio sisti bezieht, handelt von den Folgen der Versäumniß des bestimmten Termins, wobei der Jurist (Gajus) den Ausdruck: mora gebraucht. Es wurde aber bei den prätorischen Stipulationen regelmäßig für den Fall der Nichterfüllung ausdrücklich eine Conventionalstrafe oder das Interesse (quanti ea res erit), welches hier eine ähnliche Natur wie die Conventionalstrafe hatte, versprochen. War nun ein solches Versprechen hinzugefügt, so bedurfte es zur Einklagung des eventuell Versprochenen keiner Mora im technischen Sinne; der Anspruch war unmittelbar durch die Erfüllung der Bedingung begründet, und es hat nur in einer bei den prätorischen Stipulationen am wenigsten befremdenden Billigkeit seinen Grund, daß dem Promissor eine Exception verstattet wird, wenn er wenige Tage nachher erschienen ist und der Stipulator durch den Aufschub keinen Nachtheil erlitten hat. Bei dieser Auslegung ist das Wort mora, welches in dieser Stelle vorkommt, nicht auf eine Mora im technischen Sinne zu beziehen; die Richtigkeit der gedachten Auslegung ergiebt sich aber namentlich aus der gleich zu erwähnenden Stelle, deren Entscheidung mit der eben erwähnten übereinstimmt und sich nur aus den Regeln über die Bedingungen erklären läßt. Die zweite Stelle (L. 135. §. 2. D. 45. 1.) enthält, ebenso wie die vorige, die Entscheidung eines bestimmten Falles; nur wird die hier zu Grunde liegende Obligation näher beschrieben. Seja, welche im Auftrage des Titius Gärten gekauft hat, schließt mit demselben eine Stipulation ab, in deren Gemäßheit sie das Eigenthum der Gärten an Titius zu übertragen verspricht, wenn sie das ganze Kaufgeld nebst Zinsen von ihm erhalten hat; darauf wird in continenti vereinbart, daß Titius bis zum 1. April die ganze Zahlung leisten und die Gärten empfangen soll. Titius bezahlt nur einen Theil des Kaufgeldes vor dem bestimmten Termine; den übrigen Theil desselben mit den Zinsen bietet er aber erst später der Seja an und diese verweigert jetzt die Annahme. Die Frage ist, ob Titius, wenn er fortwährend zur Zahlung des Restes bereit ist, aus der oben gedachten Stipulation auf Herausgabe der Gärten klagen könne. Diese Frage wird bejaht unter der Voraussetzung, daß das Anbieten des Restes bald nach dem 1. April erfolgt ist und daß Seja kein Interesse

---

109) Dies erkennen auch die Quellen an; s. z. B. L. 8. D. 45. 1. L. 12. D. 22. 1. S. Schröter, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. IV, S. 167 flg. Wolff, Mora §. 2.

daran hatte, die Zahlung früher erhalten zu haben (nec mulieris quidquam propter eam moram interesset). Die Bedeutung dieser Entscheidung für unsere Frage hängt davon ab, wie die zwischen Titius und der Seja abgeschlossene Stipulation zu denken sei. Nach den Anfangsworten erscheint das auf Herausgabe der Gärten gerichtete Versprechen der Seja als bedingt durch die Zahlung des Kaufgeldes mit den Zinsen (cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset); auch ist es nicht denkbar, daß die in continenti beigefügte Uebereinkunft, die allerdings nicht bedingt gefaßt ist, etwas anderes als die Bestimmung des Termines bezweckt haben sollte. Geht man davon aus, so war Seja, da Titius nicht zur bestimmten Zeit gezahlt hatte, nach strengem Rechte überhaupt nicht zur Herausgabe der Gärten verpflichtet, weil die Bedingung, unter welcher sie die Herausgabe versprochen hatte, nicht erfüllt war. Aus Billigkeit machte man jedoch hier, wie in dem Falle der vorigen Stelle, eine Ausnahme und ließ demgemäß die actio ex stipulatu zu, wenn der Verzug nur von kurzer Dauer gewesen war und die Seja kein Interesse an der strengen Einhaltung des Termines hatte. Es läßt sich also, wenn diese Auslegung richtig ist, die erwähnte Stelle auf eine Mora im technischen Sinne nicht beziehen. Die Richtigkeit derselben ist aber erweislich. Wäre nämlich die Stipulation keine bedingte gewesen, so hätte die Entscheidung, wenn auch mit dem Ablaufe des dies eine wahre Mora für den Titius eingetreten wäre, nicht davon abhängig gemacht werden können, ob das Anbieten des Restes des Kaufgeldes kurze oder lange Zeit nach dem 1. April erfolgt wäre; es wäre ferner, wenigstens der Regel nach, auch dann die actio ex stipulatu zuzulassen gewesen, wenn Seja durch den Verzug einen Schaden erlitten hatte, und nur darauf hätte es ankommen können, ob Titius neben dem Reste des Kaufgeldes auch das Interesse wegen der verspäteten Leistung vollständig offerirt hätte. Darauf wird aber in der Stelle keine Rücksicht genommen, vielmehr, wenn durch den Verzug ein Schade entstanden ist, die actio ex stipulatu schlechthin versagt. Es könnte nur auffallen, daß überhaupt in dem gedachten Falle die actio ex stipulatu unter Umständen verstattet wurde; es ist jedoch hier zu berücksichtigen, daß die römischen Juristen auch bei den freiwilligen Stipulationen sich immer mehr von dem starren Festhalten am Buchstaben des Vertrages durch Berücksichtigung des Willens der Contrahenten bei der Auslegung los machten. Noch kommen folgende andere Stellen in Betracht. In der einen Stelle [110]) wird gesagt, daß der Promissor nicht hafte, wenn der Sclave, welcher an einem bestimmten Tage geleistet werden sollte, vor diesem Tage sterbe. Der aus dieser Stelle entlehnte Beweis beruht blos auf einem argumentum a contrario. Daraus, daß die Haftung des Promissors für den Fall des vor dem bestimmten Erfüllungstermine erfolgten Todes des Sclaven geleugnet wird, soll folgen, daß der

110) L. 33. D. 45. 1.

Schuldner, wenn der Sclave später stirbt, nicht befreit wird; das Letztere soll dann wieder eine Folge der mit dem Ablaufe des dies eintretenden Mora sein. In der That ist aber das erwähnte argumentum a contrario nicht sicher; auch dann, wenn man die Regel: dies interpellat pro homine, nicht annimmt, ergiebt sich ein völlig passender Gegensatz in folgender Weise. Während der vor dem Erfüllungstermine (durch casus) erfolgte Tod des Sclaven den Promissor immer befreit, hat der nach dem Ablaufe des dies erfolgte Tod nur unter der Voraussetzung diese Folge, daß nicht inzwischen durch Interpellation eine Mora begründet ist. In einer zweiten Stelle[111]) wird dem Käufer, wenn der Verkäufer nicht zur verabredeten Zeit die Sache übergeben hat, die actio emti auf das Interesse, welches der Käufer an der Einhaltung der verabredeten Erfüllungszeit hatte, verstattet. Es wird hier nicht gesagt, daß der Schuldner durch die Nichtbeachtung der verabredeten Erfüllungszeit sich einer Mora schuldig gemacht habe; man schließt dies daraus, daß er für verpflichtet erklärt wird, dem Gläubiger das Interesse zu leisten, welches dieser an der Einhaltung der bestimmten Lieferungszeit hatte. Dieser Schluß ist aber nicht sicher; die Entscheidung läßt sich nämlich eben so leicht ohne die Annahme einer Mora erklären, indem man einen Fall zu Grunde legt, wo die Leistung dem Vertrage zufolge nur zu der bestimmten Zeit erfolgen konnte, der Eintritt einer Mora also ausgeschlossen war (vgl. oben unter 3.). Diese Annahme ist auch nicht willkürlich, da die Entscheidung in der fraglichen Stelle nicht (wenigstens nicht ausdrücklich) auf eine Mora begründet wird, und überdies das Geschäft, auf welches die Entscheidung sich bezieht, ein solches ist, welches gewiß häufig in der angegebenen Weise eingegangen wird. In einer dritten Stelle[112]) wird gesagt: Si fundum certa die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur: consecuturum me, quanti mea intersit, moram factam non esse. Die Vertheidiger der Regel: dies interpellat pro homine, legen auf diese Stelle viel Gewicht. Daraus nämlich, daß Ulpian in dieser Stelle den Anspruch des Gläubigers auf quanti interest, moram factam non esse, davon abhängig macht, daß der Schuldner die Obligation nicht an dem bestimmten Leistungstage (ea die) erfüllt habe, folgern sie, daß der Jurist sofort mit dem Ablaufe des gedachten Tages eine Mora angenommen habe und daß er eine Interpellation nicht für nothwendig gehalten haben könne, weil diese immer erst nach dem Ablaufe des dies geschehen könnte, das Erforderniß der Interpellation also den Eintritt der Mora nothwendig bis über den Ablauf des dies hinaus hätte verschieben müssen. Man muß die Richtigkeit dieser Auslegung und der sich daran schließenden Deduction zugeben, wenn der Jurist wirklich in dem Satze: per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur, den Hauptnachdruck

---

111) L. 10. C. IV. 49.
112) L. 114. D. 45. 1.

auf die Worte: ea die hat legen wollen. Daß er dies aber gewollt habe, ist zweifelhaft. Er konnte ebensowohl durch die Worte: per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur, nur die schuldvolle Verzögerung der Leistung im allgemeinen als Bedingung für den Anspruch auf das Zeitinteresse aufstellen wollen, ohne daß er beabsichtigt hat, zugleich den Tag des Anfanges der Mora zu bezeichnen oder überhaupt über die Voraussetzungen der Mora sich zu äußern. Dann würden die gedachten Worte gleichbedeutend sein mit dem, was Africanus an einer anderen Stelle[113]) durch die Worte: per promissorem steterit, quo minus sua' die solveret, ausdrückt[114]). Die letztere Auslegung setzt freilich voraus, daß Ulpian sich nicht ganz genau ausgedrückt hat, indem, wenn es einer Interpellation bedurfte, nicht der verabredete Leistungstermin, auf welchen die Worte: ea die hinweisen, sondern nur der Tag der Interpellation als der entscheidende anzusehen war. Auf der anderen Seite kommt aber in Betracht, daß die L. 114. D. cit. von der Leistung einer unbeweglichen Sache handelt und daß, selbst wenn man die Regel: dies interpellat, annimmt, in diesem Falle die Annahme einer Mora mit Ablauf des dies ohne weiteres sich nicht rechtfertigen läßt, wenn man nicht von den sonstigen allgemeinen Voraussetzungen der Mora in einer Weise absehen will, wie es die römischen Juristen, selbst wenn sie die gedachte Regel angenommen haben sollten, gewiß nicht gethan haben. Die bisher betrachteten Stellen können also eine feste Ueberzeugung von der Richtigkeit der Regel: dies interpellat pro homine, nicht begründen. Auf der anderen Seite sind aber auch die gegen die Regel angeführten Stellen größtentheils zu deren Widerlegung nicht geeignet. Einige derselben müssen schon deshalb außer Betracht bleiben, weil nicht vorliegt, daß sie von betagten Ansprüchen handeln. Es gilt dies z. B. von L. 26. §. 1. L. 53. §. 1. D. 40. 5. Man folgert aus diesen Stellen, daß der Ablauf des dies als solcher regelmäßig keine Mora begründen könne, weil nur ausnahmsweise bei der fideicommissaria libertas mit dem Ablaufe des dies Wirkungen der Mora eintreten sollen. Von der Festsetzung eines bestimmten Termines für die Freilassung findet sich in diesen Stellen keine Andeutung. Man hat die Worte: ex die, quo libertas peti potuit, auf einen solchen bestimmten Termin bezogen; allein diese Worte dienen nur zur Bezeichnung des dies veniens, und von einem solchen dies kann bei jedem Vermächtnisse gesprochen werden[115]). Eine

113) L. 37. D. 17. 1.

114) In diesen Worten des Africanus haben einige ältere Vertheidiger der Regel eine Anerkennung derselben gefunden; die L. 37. D. 17. 1. handelt aber gar nicht von betagten Obligationen, und man kann daher die in Frage stehenden Worte nur auf die schuldvolle Unterlassung der rechtzeitigen Erfüllung der Obligation im allgemeinen beziehen.

115) Ebenso unerheblich für unsere Frage sind L. 87. §. 1. D. 31. L. 3. C. in quib. caus. (II. 40. (41.)) L. 5. C. IV. 49., weil sie ebenfalls nicht von betagten Obligationen handeln.

ähnliche Bewandniß hat es mit L. 17. §. 4. D. 22. 1., wo es heißt: Ex locato, qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet. Das Miethgeld muß zufolge der gesetzlichen Bestimmungen sofort nach Beendigung der Miethzeit bezahlt werden. Wird die Zahlung über diese Zeit hinausgeschoben, so soll dies, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet ist, nicht zur Begründung des Anspruches auf Verzugszinsen hinreichen; es bedarf vielmehr dazu einer Interpellation. Dies ist der alleinige Inhalt der fraglichen Stelle. In derselben ist von einem ausdrücklich verabredeten Zahlungstermine nicht die Rede. Aus dieser Stelle geht nur hervor, daß die Versäumniß der gesetzlichen Erfüllungszeit ohne Interpellation keine Mora begründet, daß also nach römischem Rechte es nicht zu rechtfertigen ist, die Regel: dies interpellat pro homine, auf alle Fälle auszudehnen, wo eine Obligation nicht sofort, sondern erst in einem bestimmten späteren Zeitpunkte fällig wird. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß die Regel auch in Bezug auf den durch Vertrag bestimmten Zahlungstermin nicht begründet sei. Höchstens ließe sich gegen die Regel geltend machen, daß in der fraglichen Stelle nicht die ausdrückliche Bestimmung eines Zahlungstermines als Grundes für den Anspruch auf Verzugszinsen erwähnt sei; dieses Argument ist aber sehr mißlich. Ebensowenig lassen sich aus L. 47. D. 19. 1. und L. 49. §. 3. D. 45. 1. sichere Argumente gegen die Regel: dies interpellat pro homine, ableiten. Die erste Stelle enthält folgenden Rechtsfall. Titius hatte bei Empfang des Kaufgeldes für verkaufte Materialien sich zu einer Conventionalstrafe für den Fall verpflichtet, daß er die Materialien nicht zu einer bestimmten Zeit liefern würde; diese Verpflichtung war in der Weise eingegangen, daß die Conventionalstrafe nicht die Leistung selbst vertreten sollte, sondern neben derselben gefordert werden konnte. Da Titius nun bis zu dem bestimmten Termine nicht alle verkauften Materialien geliefert hatte, so fragte es sich, ob der Erbe des inzwischen verstorbenen Titius sowohl auf die Conventionalstrafe, als auch auf Zinsen belangt werden könne. Die Frage wird dahin beantwortet: auf die Conventionalstrafe könne der Erbe des Verkäufers „ex contractu, de quo quaeritur", d. h. mit der Klage aus der zu Anfang der Stelle erwähnten Pönalstipulation belangt werden, auf die Zinsen des Kaufgeldes müsse, wenn mit der actio ex emto geklagt werde: officio judicis post moram intercedentem Rücksicht genommen werden. Es wird also in der Antwort der Anspruch auf die Zinsen und der auf die Conventionalstrafe getrennt, was sich schon daraus erklärt, daß die Zinsen nicht mit derselben Klage, wie die Conventionalstrafe, verlangt werden können. Bezweifelt kann werden, ob auch ein verschiedener Zeitpunkt für die Verwirkung der Conventionalstrafe und den Beginn des Zinsenlaufes angenommen sei; jedenfalls ist aber aus dieser Stelle kein Beweis für die Nothwendigkeit der Interpellation bei betagten Forderungen zu ent-

lehnen, da die fraglichen Zinsen keine eigentlichen Verzugszinsen sind[116]). Ebenso unerheblich ist L. 49. §. 3. D. 45. 1., wo es heißt: Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit et servus decesserit: non videtur per eum stetisse. Nach dieser Stelle haftet der Promissor eines Sclaven nicht, wenn er vor dem bestimmten Leistungstage interpellirt worden und darauf der Sclave gestorben ist, weil ihm keine Mora zur Last fällt. Der Jurist macht die Entscheidung nicht

---

116) Die Zinsen des Kaufgeldes ließen sich nur dann als eigentliche Verzugszinsen betrachten, wenn das Recht auf dieselben, wie Manche annehmen, sich auf ein Recht des Käufers bezöge, das Kaufgeld (ganz oder für den nicht gelieferten Theil der Materialien) zurückzufordern, also von dem Kaufvertrage (wenigstens soweit ihn der Verkäufer nicht erfüllt hat) zurückzutreten. Auf ein solches Recht des Käufers wird aber in der fraglichen Stelle die Verpflichtung des Verkäufers zur Zahlung von Zinsen nicht bezogen; es kommt davon keine Andeutung in der Stelle vor. Ebenso unrichtig ist die von Madai, Mora S. 406 flg. aufgestellte Ansicht, nach welcher die Zinsen keine gewöhnlichen Verzugszinsen, sondern das Interesse sind, welches der Gläubiger wegen der Mora des Schuldners fordern kann. Das Interesse besteht aber nicht, wie Madai will, unter Anderem auch in den Zinsen, welche der Käufer, der das bezahlte Kaufgeld von einem Dritten geliehen hat, diesem Dritten zahlen muß. Das Interesse, welches wegen der verzögerten Leistung der Materialien zu leisten ist, besteht in den Vortheilen, welche der Käufer von den Materialien im Falle rechtzeitiger Lieferung gehabt hätte, die aber jetzt ihm entgangen sind; die Zinsen des Kaufgeldes stehen zu diesem Interesse in keiner Beziehung. Mit Mommsen a. a. O. §. 10, N. 13, S. 93 ist die Entscheidung in der L. 47. D. 19. 1. nur auf folgende Weise zu erklären. Sowie der Verkäufer nach erfolgter Uebergabe der verkauften Sache Verzinsung des noch nicht bezahlten Kaufgeldes fordern kann, ebenso hat auch der Käufer, wenn nicht früher, jedenfalls nach Zahlung des Kaufgeldes, einen Anspruch auf die Früchte der gekauften Sache. Diese Ansprüche setzen eine Mora im technischen Sinne nicht voraus; siehe besonders Vatic. fragm. § 2. War nun die gekaufte Sache keine fruchttragende, wie in dem Falle der L. 47. cit., so konnte der eben erwähnte Grundsatz in seinem buchstäblichen Verstande dem Käufer nicht zu Gute kommen. Denn waren auch dem Käufer in einem solchen Falle andere Vortheile durch die Verzögerung der Leistung entgangen, so ließ sich doch ein Ersatz wegen dieser Vortheile nur auf Grund einer wahren Mora des Verkäufers beanspruchen. Dennoch mußte es hier ebensowohl, wie in dem Falle, wenn die verkaufte Sache eine fruchttragende war, als unbillig und dem Charakter der in Frage stehenden Obligation widersprechend erscheinen, daß der Käufer zugleich die Nutzung des Kaufgeldes und die Vortheile, welche das Haben der gekauften Sache ihm gewährt haben würde, entbehren sollte. Zur Entfernung dieser Unbilligkeit ließ sich, da die letzteren Vortheile dem Käufer nicht zugesprochen werden konnten, nur der Weg einschlagen, daß man den Verkäufer verpflichtete, dem Käufer die Vortheile der Nutzung des Kaufgeldes, d. h. die Zinsen zu restituiren, und es so dahin brachte, daß der Käufer nicht die Vortheile beider Leistungen zugleich entbehrte oder, was dasselbe sagt, die Nachtheile des Entbehrens beider Leistungen zugleich trüge. Selbstverständlich sind übrigens in dem Falle der L. 47. cit. die Zinsen nur von dem dem nicht gelieferten Theile der Materialien entsprechenden Theile des Kaufgeldes zu zahlen. In derselben Weise versteht Wolff, Mora S. 368, N. 242 diese Stelle; nur geht er auf die oben erwähnte Schwierigkeit nicht ein. Nach der hier gegebenen Erklärung können die Worte: post moram intercedentem nicht auf eine Mora im technischen Sinne bezogen werden; die fragliche Stelle steht also in keiner directen Beziehung zur vorliegenden Frage.

ausdrücklich davon abhängig, daß der Sclave vor dem Erfüllungstage gestorben sei; er hebt aber auch nicht hervor, daß es auf die Zeit des Todes nicht ankomme, und so läßt sich ungezwungener Weise voraussetzen, daß der Jurist an einen vor dem dies eingetretenen Tod des Sclaven gedacht und die Worte: ante diem auch auf den zweiten Theil des Vordersatzes bezogen habe. — Die bisher angeführten Stellen enthalten keine sichere Entscheidung der hier vorliegenden Frage. Deshalb ist der Standpunkt wichtig, von welchem man bei Beantwortung der Frage ausgeht. Dieser Standpunkt wird aber durch L. 32. pr. D. 22. 1. festgestellt, wo Marcian sagt: Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit. Diese Stelle ist es allein, welche allgemein über die Begründung der Mora handelt; dazu kommt, daß sie in dem Titel steht, dessen Aufgabe nach seiner Rubrik es ist, die Lehre von der Mora abzuhandeln. In dieser Stelle wird ganz allgemein die Interpellation als nothwendig zur Begründung der Mora bezeichnet und es wird ausdrücklich bemerkt, daß die Mora nicht ex re, d. h. nicht ohne Interpellation entstehe. Es folgt zwar nicht daraus, daß nicht Ausnahmen stattfinden könnten, und in der That sind völlig sichere Ausnahmen von der Regel vorher unter a. und b. erwähnt worden. Es ist aber kaum wahrscheinlich, daß der Jurist sich so allgemein ausgedrückt hätte, wenn eine so umfassende und praktisch erhebliche Ausnahme anerkannt wäre, wie die hier in Frage stehende; jedenfalls sind solche Ausnahmen nur dann anzunehmen, wenn sie durch klare Quellenzeugnisse erweislich sind. Als solche Zeugnisse können aber die Entscheidungen der L. 33. 114. D. 45. 1. und L. 10. C. IV. 49. nicht gelten. — Schließlich haben sich die Vertheidiger der Regel: dies interpellat pro homine, von jeher vorzugsweise auf zwei Gesetze Justinian's berufen, nämlich auf L. 12. C. de contrah. stip. (VIII. 37. (38.)) und L. 2. C. IV. 66. Diese Gesetze enthalten aber so wenig eine Anerkennung der gedachten Regel, daß im Gegentheil durch das erstgedachte Gesetz die Ansicht, daß die für die betagten Obligationen behauptete Ausnahme im römischen Rechte nicht begründet sei, wesentliche Unterstützung findet. In der erstgedachten Stelle bestimmt Justinian, daß, wenn Jemand versprochen hat, dem Stipulator oder einem von demselben genannten Dritten zu einer bestimmten Zeit etwas zu leisten und für den Fall der Nichterfüllung zur bestimmten Zeit sich zu einer Conventionalstrafe verpflichtet hat, er diese Strafe für den Fall der Nichterfüllung bezahlen müsse und sich zur Vermeidung der Strafe nicht darauf berufen könne, daß ihn Niemand gemahnt habe. Die Schlußworte sind: Sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, cum ea, quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat. Die Entscheidung selbst ist nach dem früher Bemerkten für die vorliegende Frage von keiner Bedeutung, indem sie sich nur auf die Verwirkung der Conventionalstrafe bezieht, welche das Dasein einer

wahren Mora nicht voraussetzt. Dennoch dient die angeführte Stelle zur Unterstützung der hier aufgestellten Ansicht. Im Eingange der Stelle nämlich sagt Justinian, daß es früher zweifelhaft gewesen sei, ob die Verwirkung der für den Fall der Nichteinhaltung eines bestimmten Zahlungstermines bedungenen Conventionalstrafe mit dem Ablaufe des Tages unmittelbar erfolge oder ob diese eine vorhergehende Interpellation voraussetze. Einige Digestenstellen ergeben auch, daß wirklich Zweifel in dieser Beziehung obwalteten[117]). Diese Zweifel sind wohl nur dadurch zu erklären, daß man die Interpellation bei betagten Forderungen für nöthig erachtete und dieses Erforderniß auf die Verwirkung der Conventionalstrafe übertrug. Die Zweifel, welche der Kaiser erwähnt, könnten sich freilich auch gleichmäßig auf die Fragen über die Nothwendigkeit der Interpellation zur Begründung der Mora und zur Verwirkung der Conventionalstrafe bezogen haben. Diese Annahme ist aber gegen die Wahrscheinlichkeit. Wäre sie richtig, so würde doch gewiß in einer der Stellen, welche die sofortige Verwirkung der Conventionalstrafe mit dem fruchtlosen Ablaufe des bestimmten Zeitpunktes anerkennen, darauf Bezug genommen sein, daß bei betagten Forderungen auch zur Begründung der Mora keine Interpellation nothwendig sei. Dies ist aber nicht der Fall; die Verwirkung der Conventionalstrafe wird vielmehr einfach dadurch erklärt, daß die Bedingung, unter welcher sie versprochen worden ist, eingetreten sei[118]), und übereinstimmend damit sagt der Kaiser, der Schuldner sei nach fruchtlosem Ablaufe der verabredeten Erfüllungszeit, ohne daß es einer Mahnung bedürfe, „pro tenore stipulationis" zur Leistung der Conventionalstrafe verpflichtet. Die dessenungeachtet von Vielen, namentlich den früheren Schriftstellern, geschehene Benutzung der in Frage stehenden Stelle zur Begründung der Regel: dies interpellat pro homine, beruht darauf, daß die Verwirkung der Conventionalstrafe für eine Folge der Mora gehalten wurde. Dagegen berufen sich diejenigen Vertheidiger der Regel, welche diesen Irrthum nicht theilen, blos auf die vom Kaiser zur weiteren Rechtfertigung seiner Entscheidung beigefügten, oben angeführten Schlußworte der fraglichen Stelle. Es ist aber sehr bedenklich, Schlüsse aus den von Justinian in seinen Gesetzen angeführten Entscheidungsgründen abzuleiten, und dieses Bedenken wird auch durch die andere Stelle (L. 2. C. IV. 66.) nicht gehoben. Es heißt hier zwar: der Emphyteuta, welcher in drei Jahren weder den Kanon bezahlt, noch Quittungen über die Bezahlung der Abgaben dem Eigenthümer übergeben habe, habe ohne Rücksicht darauf, ob eine Erinnerung an seine Verpflichtungen von Seiten des Eigenthümers erfolgt sei, die Emphyteuse verwirkt: quum neminem oportet conventionem vel admonitionem expectare, sed ultro

117) L. 23. D. 44. 7. S. auch L. 4. §. 4. D. 18. 3.

118) L. 8. D. 45. 1. L. 12. D. 22. 1. Vgl. auch L. 38. §. 17. fin D. 45. 1.

sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriore lege nostri numinis generaliter cautum est. Allein diese Entscheidung bezieht sich ebenfalls nicht auf Folgen der Mora im technischen Sinne des Wortes. Auch kann man daraus, daß hier mit Bezug auf die Verwirkung der Emphyteuse dasselbe Princip, wie in der L. 12. C. de contrah. stip. hinsichtlich der Verwirkung der Conventionalstrafe und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diese L. 12. (welche ohne Zweifel unter der „anterior lex nostri numinis" zu verstehen ist) angenommen ist, nicht folgern, daß dieses Princip nach Justinian's Willen ganz allgemein habe gelten sollen, auch in Ansehung der Folgen der Mora, von welchen diese Gesetze gar nicht sprechen. bb) Heutiges Recht. Nach der vorigen Ausführung ist die Regel: dies interpellat pro homine, im römischen Rechte nicht begründet. Ebensowenig ist dieser Grundsatz in dem kanonischen Rechte und in den Reichsgesetzen bestimmt anerkannt. Eine Stelle des kanonischen Rechtes [119]) stellt für kirchliche Emphyteusen den Satz auf, daß der Emphyteuta durch zweijährige Säumniß in der Entrichtung des Kanon sein Recht verwirkt, was auch dann gelten soll, wenn er nicht gemahnt worden ist: cum in hoc casu dies statuta pro domino interpellet. Diese Stelle handelt aber ebensowenig wie die L. 2. C. IV. 66. von den Folgen der Mora. Ueberdies sagt sie nur, daß in dem in Frage stehenden Falle („in hoc casu") der dies interpellire; und ist gleich daraus nicht zu folgern, daß der dies in den übrigen Fällen nicht interpellire, so läßt sich doch auch eine allgemeine Anerkennung der Regel nicht in dieser Stelle finden, da die Anerkennung sich nur auf Einen bestimmten Fall bezieht, in welchem es überall sich von keiner Folge der Mora handelt. Man hat ferner in neuerer Zeit die Annahme einer gesetzlichen Anerkennung der Regel: dies interpellat pro homine, auf die dem Reichsdeputationsabschiede von 1600 zu Grunde liegenden Verhandlungen über die Dubia cameralia aus dem Jahre 1595 gestützt [120]). Auch dies ist nicht zu rechtfertigen. Die zur Visitation des Reichskammergerichtes niedergesetzte Deputation, welche auch die Dubia cameralia zu prüfen hatte, wurde, wie es scheint, durch das dreizehnte dieser Dubia veranlaßt, in einem jetzt nicht mehr vorliegenden Bedenken bei den kaiserlichen Commissarien zu beantragen, daß künftig bei dem Darlehen 5 Procent Verzugszinsen zu berechnen seien und daß zugleich der Zeitpunkt, von welchem an diese Folge der Mora eintrete solle, genauer bestimmt werde. Von den kaiserlichen Commissarien wurde in ihrer hierauf abgegebenen Erklärung ihr Einverständniß in Betreff des ersten Punktes erklärt, jedoch mit der Modification, daß es dem Gläubiger freistehen solle, ein größeres Interesse, sofern solches erweislich sei, zu beanspruchen; dagegen bemerkten sie in

119) Cap. 4. X. III. 18.

120) Dies geschieht von Seuffert, Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 6, S. 216 flg. Siehe dagegen Mommsen, Mora S. 99 flg.

Ansehung des zweiten Punktes: „Erachten aber unnöthig dabei anzumelden, quando vel a quo die mora anzurechnen, allein weil solches in Rechten versehen." Die Visitatoren blieben ungeachtet der letzten Bemerkung bei ihrer Ansicht und beantragten in einem ferneren Bedenken, in welchem sie ihr Einverständniß mit den Commissarien im übrigen erklärten, wiederholt, „ihren Zusatz in Achtung zu nehmen und in den Abschied zu bringen, daß mora ab interpellatione hominis vel diei anzurechnen, dieweil die Rechtslehrer in cursu morae nicht gleichsam einer Meinung seynd, und derowegen hierunter etwas gewisseres zu verordnen." Die hierauf erfolgte schließliche Erklärung der kaiserlichen Commissarien lautete dahin: „Zum Andern, dieweil des Chur- und Fürsten-Raths Bedenken in pcto Mutui et Interesse mit der Kayserlichen Commissarien Erklärung sich auch vergleicht, ist es dabei zu lassen; allein daß zu gewisser Erläuterung es rathsam erscheint, bei dem §. — — — diese Erklärung addendo zu thun: dann auch daß die mora ab interpellatione hominis vel diei anzunehmen." Der Sinn dieser schließlichen Erklärung ist nicht ganz klar. Insbesondre fragt es sich, ob die Commissarien auch in Bezug auf den von den Visitatoren beantragten Zusatz ihre Uebereinstimmung haben aussprechen wollen oder ob der Sinn der Erklärung der ist, daß es bei demjenigen, worüber schon früher Einverständniß vorhanden war, zu lassen sei und dabei dann die weitergehende Ansicht der Visitatoren nur resumirend erwähnt ist. Klar ist es dagegen, daß durch den vorgeschlagenen Zusatz ein Streit über die Frage, ob der dies interpellire, gar nicht hat entschieden werden sollen. Die teutschen Juristen waren damals allgemein für die Regel: dies interpellat pro homine. Man wollte vielmehr festsetzen, daß die Gerichte sogleich von der Zeit der Interpellation an, bei betagten Obligationen von dem Ablaufe des dies an, die Folgen der Mora eintreten lassen sollten, während dem Beklagten nach der Ansicht der meisten damaligen Juristen, namentlich in den Fällen einer durch Interpellation begründeten Mora ein modicum tempus verstattet und erst von dessen Ablauf an die Mora gerechnet wurde. Der vorgeschlagene Zusatz ist auch nicht in den Deputationsabschied von 1600 aufgenommen, vielmehr ist derselbe in dem hier allein in Betracht kommenden §. 139 dieses Reichsgesetzes unberücksichtigt geblieben. Das Bedenken der Visitationsdeputation ermangelte aber, selbst wenn die kaiserlichen Commissarien damit einverstanden waren, der Gesetzeskraft; denn wenn auch nach §. 98 des Reichsabschiedes von 1594 die Dubia cameralia von den Visitatoren anstatt allgemeiner Stände des Reiches beschließlich erörtert werden sollten, so hatten sie doch dadurch kein Recht der einseitigen Gesetzgebung eingeräumt erhalten, welches ja selbst den allgemeinen Reichsständen nicht zustand; es war vielmehr nach dieser Bestimmung zur Gesetzeskraft der Beschlüsse der Visitatoren die kaiserliche Ratification nothwendig, welche aber niemals erfolgt ist[121]).

121) Dagegen gelangt Seuffert a. a. O. zu folgendem Resultate: Ob-

Es fragt sich demnach nur noch, ob die Regel: dies interpellat pro homine, als ein Satz des Gewohnheitsrechtes anzuerkennen sei. In der That führt eine Betrachtung des Entwickelungsganges, welchen die Lehre in der neueren Zeit genommen hat, zu dieser Annahme [122]). Schon die Glossatoren fanden in einigen Stellen des römischen Rechtes die Regel anerkannt; die Accursische Glosse enthält schon den Satz, daß der Schuldner „ab ipsa die constituta" oder „per diei appositae lapsum" interpellirt werde, daß der dies interpellire [123]). Ebenso ist die Regel bei den späteren italienischen Juristen allgemein anerkannt, ohne daß eine bestimmte Spur eines gegen dieselbe erhobenen Widerspruches aufbewahrt wäre [124]). Dagegen scheint in Frankreich schon früher ein Widerspruch gegen die Regel erhoben worden zu sein; doch sind uns in dieser Beziehung keine bestimmten Zeugnisse aufbewahrt [125]). Sehr entschieden griff sie dagegen Ferretus an, welchem eine Menge französischer Juristen des 16. Jahrhunderts sich anschloß [126]), während auf der anderen Seite die bedeutendsten französischen Juristen dieser Zeit, Cujacius und Donellus, sich für die Ansicht der Glossatoren aussprachen. Nach Teutschland kam das römische Recht vorzugsweise durch die Vermittelung der Glossatoren und der späteren italienischen Juristen. Daraus erklärt sich die sofortige Annahme der Regel, deren Richtigkeit auch dann nicht bezweifelt wurde, als man die entgegenstehende Ansicht

---

wohl der von den Visitatoren beantragte Zusatz in den §. 139 des Deputationsabschiedes von 1600 nicht mit aufgenommen worden sei, so erkläre es sich doch aus der Auctorität, welche reichsgesetzlich den „beschließlichen Erörterungen" der Visitatoren beigemessen war, daß von jener Zeit an die frühere Controverse, den Satz: dies interpellat pro homine betreffend, als abgethan erachtet wurde, bis sie in neuerer Zeit von Schriftstellern, welche von dieser Resolution nichts wußten, wieder angeregt wurde. Dagegen ist mit Mommsen a. a. O. S. 101, N. 7 zu bemerken: 1) daß ein eigentlicher Streit über die Regel damals in Teutschland nicht obwaltete; 2) daß auch die Visitatoren nicht beabsichtigten, durch den vorgeschlagenen Zusatz einen solchen Streit zu erledigen; 3) daß die späteren teutschen Juristen, welche die Regel annahmen, sich auf die gedachten Verhandlungen nicht berufen haben; 4) daß die Berufung auf dieselben als ein Gesetz unstatthaft gewesen wäre.

122) Vgl. Mommsen, Mora S. 101 flg. Ueber die Entwickelungsgeschichte der Lehre überhaupt s. Schröter, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. IV, S. 103 flg.

123) Siehe die Glosse zu L. 9. §. 1. L. 32. pr. D. de usuris (22. 1.) L. 23. D. de oblig. et act. (44. 7.)

124) Siehe Mommsen a. a. O. S. 102, N. 10. Derselbe weist auch nach, daß die Annahme Schröter's a. a. O. S. 105, nach welcher bei den unmittelbaren Nachfolgern der Glossatoren die Beschränkung der Regel auf den Fall der Pönalstipulation vorherrschend gewesen sein soll, unerweislich sei. Wenigstens erkennen die Juristen, auf welche er sich beruft, die Regel an.

125) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 102, N. 11.

126) So Contius, de diversis morae generibus cap. 4. Charondas, Verisimil. Lib. III. cap. 10. (in Otto, Thes. iur. T. I. p. 784.) Barclaius, ad L. 5. D. de reb. cred. (bei Otto, Thes. T. III. p. 830 sq.) Grangianus, Paradoxa cap. 1. (bei Otto, Thes. T. V. p. 617.)

des Ferretus und anderer französischer Juristen kennen gelernt hatte. Von den teutschen Juristen des 17. Jahrhunderts wird zwar die letztere Ansicht erwähnt; sie sahen aber die Regel als so sehr, namentlich auch in der Natur der Sache begründet an, daß sie in der Mehrzahl eine ausführliche Widerlegung der von Ferretus und Anderen geltend gemachten Gründe für unnöthig hielten. Freilich blieb diese Ansicht auch in Teutschland nicht ganz ohne Widerspruch; doch trat hier der Widerspruch sehr vereinzelt auf und blieb auf Theorie und Praxis im ganzen ohne Einfluß. Erst in der neuesten Zeit, seit Neustetel 1822 die Regel bekämpfte [127]), hat dieselbe auch in Teutschland eine größere Zahl von Widersachern gefunden und der über deren Richtigkeit entstandene lebhafte Streit ist noch nicht zu Ende gelangt [128]). In der Praxis hat man aber fortwährend an der Regel festgehalten, obgleich hin und wieder einzelne Entscheidungen die neuere Lehre befolgt haben mögen. Das Resultat ist, daß die Regel: dies interpellat pro homine, seitdem das römische Recht in Teutschland Eingang gefunden hat, hier von den Gerichten angewendet worden ist, und daß, abgesehen von der neuesten Zeit, auch die Theorie die Regel entschieden als richtig anerkannt hat. Die nun entstehende Frage, ob bei nun gewonnener besserer Einsicht in das römische Recht die alte Praxis zu verlassen sei, wie es die hauptsächlichsten Gegner der Regel wollen, ist mit Mommsen zu verneinen. Wenn auch ohne Zweifel ein Irrthum über den Inhalt der römischrechtlichen Bestimmungen mit dazu gewirkt hat, die fragliche Praxis in das Leben zu rufen, so kann doch ebenso unzweifelhaft ein Rechtssatz, dessen ursprüngliche Annahme wenigstens zum Theil auf einem Irrthum der Juristen beruht, später Bestandtheil einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung werden, und der Richter ist, wenn er dies geworden ist, zur Anwendung dieses Rechtssatzes verpflichtet. Es ist bekannt und bedarf weiter keines Nachweises, daß viele Institute des heutigen Rechtes auf die angegebene Art sich gebildet oder wenigstens ihre jetzige Gestalt erlangt haben. Man denke nur an die Provocationen. Die Frage, ob ein in die allgemeine Rechtsüberzeugung übergegangener Rechtssatz vorliege, ist also damit nicht entschieden, daß nachgewiesen ist, die Begründung des Satzes im römischen Rechte beruhe auf einem Irrthum. Umgekehrt läßt sich nicht wohl direct beweisen, daß etwas Gegenstand einer allgemeinen Rechtsüberzeugung sei, weil die Bildung einer solchen Ueberzeugung äußerlich nicht wahrnehmbar ist. Besonders bedeutsam für die Beantwortung der Frage sind aber der Inhalt des Rechtssatzes, welcher in Frage steht, und die Art und Weise seiner Annahme und Begründung durch die Juristen. Der Rechtssatz kann ein solcher sein, daß von vornherein die Möglichkeit, derselbe könne Gegen-

---

127) Neustetel, im Archiv f. civil. Praxis Bd. V, S. 221 flg.

128) Am gründlichsten und ausführlichsten hat diesen Gegenstand Schröter behandelt.

stand der allgemeinen Rechtsüberzeugung geworden sein, ganz ausgeschlossen ist, wie dies z. B. der Fall ist bei der Annahme von drei Graden der Culpa, welche daher auch, sobald man zur Erkenntniß des theoretischen Irrthums, auf welchem sie beruhte, gelangte, in der Praxis verlassen worden ist. Anders verhält es sich, wo ein Satz in Frage steht, der an sich recht wohl geeignet ist, Gegenstand einer allgemeinen Ueberzeugung zu sein. Die Frage über die der Beifügung eines Erfüllungstermines beizulegende Bedeutung ist für den Verkehr so sehr wichtig, daß sich darüber sehr wohl eine über die Kreise der Juristen hinausgehende allgemeine Ansicht bilden kann. Es ist auch schlechthin undenkbar, daß Jahrhunderte lang die Regel: dies interpellat pro homine von allen Gerichten Teutschlands zur Anwendung gebracht ist, und daß nicht wenigstens eine Kunde von der dieser Regel zu Grunde liegenden Auffassung der Beifügung des dies in die an dem Verkehre lebhafteren Antheil nehmenden Kreise gedrungen sein sollte. Dies genügt freilich noch nicht zur Annahme eines Gewohnheitsrechtes. Wäre der Satz nur als ein rein positiver, aus dem römischen Rechte uns überkommener Satz angewendet worden, so ließe sich daraus, daß er wegen seiner praktischen Bedeutung zu einer allgemeinen Kunde gelangt ist, noch nicht folgern, daß er wirklich Gegenstand einer allgemeinen Rechtsüberzeugung geworden sei, wie sie zur Begründung eines Gewohnheitsrechtes nothwendig ist. Die Schriften der teutschen Juristen ergeben aber, daß sie an der Regel: dies interpellat pro homine, ebensowohl auf Grund ihres natürlichen Rechtsgefühles, als auf Grund des römischen Rechtes festgehalten haben. Sie fanden in der Festsetzung des dies gewissermaßen eine Mahnung des Gläubigers, indem sie annahmen, der Gläubiger gebe durch Bestimmung des dies den bestimmten Willen zu erkennen, daß er zu dem gedachten Tage jedenfalls die Leistung haben wolle; der Zweifel, welchen in anderen Fällen die Interpellation beseitigen soll, nämlich darüber, ob dem Gläubiger es schon um die Erfüllung der Obligation zu thun sei, konnte ihrer Ansicht nach hier schon von vornherein gar nicht stattfinden. Wurde aber von diesem Gesichtspunkte aus die Regel angewendet, so mußte auch durch die Jahrhunderte lang fortgesetzte Uebung derselben die erwähnte Auffassung der Beifügung des dies, sofern sie nicht schon von Anfang an eine allgemeine war, wenigstens zu einer allgemeinen Rechtsüberzeugung werden, so daß anzunehmen ist, daß alle die, welche betagte Obligationen abschließen, in den Fällen, für welche die Regel gilt, im Zweifel den dies in dieser Weise auffassen. Dies reicht aber zur Begründung der Annahme eines Gewohnheitsrechtes völlig hin. Für das der Praxis in dieser Lehre beizulegende entscheidende Gewicht haben sich auch bedeutende Civilisten erklärt [129]). Auch ist darauf hinzuweisen, daß für den heutigen Verkehr

129) Vangerow, Leitfaden Bd. 3, §. 588, S. 206. Göschen, Vorlesungen II, 2, §. 417.

wenigstens in höherem Grade, als es für den römischen der Fall war, eine Regel, wie die fragliche, nothwendig ist. Zwar kann sich der Gläubiger noch jetzt durch dieselben Mittel, wie zur Zeit der römischen Juristen, die pünktliche Beobachtung der Erfüllungszeit von Seiten des Schuldners sichern, namentlich durch Verabredung einer Conventionalstrafe. Waren aber die Pönalstipulationen auch bei den Römern ein allgemein gebräuchliches Mittel zur Sicherung der Erfüllung der Obligationen, so kommt doch die Verabredung einer Conventionalstrafe heutzutage im Verkehr verhältnißmäßig selten vor und möglicherweise hat gerade die Annahme der Regel: dies interpellat pro homine, mit dazu beigetragen, daß die erwähnten Sicherungsmaßregeln im heutigen Verkehre nicht so häufig benutzt werden. — Nach dem Bisherigen muß die Regel: dies interpellat pro homine, für das heutige Recht anerkannt werden. Es ist aber jetzt noch näher ihre Bedeutung sowie der Umfang ihrer Anwendbarkeit zu bestimmen. Die Bedeutung der Regel besteht darin, daß der Ablauf der bestimmten Erfüllungszeit die ausdrückliche Aufforderung zur Erfüllung der Obligation vertritt. Es sind demnach folgende Sätze aus der Regel abzuleiten: 1) die Mora tritt immer erst mit dem Ablaufe der bestimmten Erfüllungszeit ein; sie beginnt nicht schon mit dem Tage selbst. Dies folgt schon daraus, daß vor dem Ablaufe des dies keine petitio begründet ist[130]), mithin die hauptsächlichste objective Voraussetzung der Mora fehlt. 2) Der Ablauf des dies vertritt nur die eigentliche Interpellation, d. h. die schriftliche oder mündliche Aufforderung zur Erfüllung. Die Bestimmung des dies hat demnach nur die Bedeutung, daß dadurch der Zeitpunkt bestimmt wird, von welchem an die Verzögerung als rechtswidrig angesehen wird und daß zugleich dem Schuldner die Einwendung entzogen wird, er habe geglaubt, daß es dem Gläubiger noch gar nicht um die Leistung zu thun gewesen sei. Darin liegt aber zweierlei: a) In den Fällen, in welchen die Aufforderung zur Erfüllung allein nicht hinreicht, um die Mora in objectiver Beziehung zu begründen, kann auch der Ablauf der Erfüllungszeit dazu nicht genügen. Wenn also oben gesagt worden ist, daß die Interpellation allein keine Mora begründen könne, wenn besondere Anstalten von Seiten des Gläubigers nöthig sind, daß vielmehr in diesem Falle nur dann eine Mora eintrete, wenn zugleich der Gläubiger Alles gethan hat, damit der Schuldner die Obligation erfüllen könne, so muß dieses auch für den Ablauf des dies gelten. In der Anwendung auf die einzelnen Fälle ergiebt sich, daß die Regel: dies interpellat pro homine, sich nur dann zur Anwendung bringen läßt, wenn zur Erfüllung der Obligation keine Mitwirkung von Seiten des Gläubigers nothwendig ist oder wenn der Schuldner nach dem Inhalte der Obligation verpflichtet ist, den Gegenstand derselben zum Gläubiger hinzubringen oder doch sich

---

130) §. 2. Inst. III. 15. L. 42. 118. §. 1. D. 45. 1. L. 186. D. 50. 17.

behufs der Vornahme der Leistung bei dem Gläubiger einzufinden. War die Leistung bei dem Schuldner in Empfang zu nehmen, so muß der Gläubiger, damit eine Mora eintreten könne, sich bei dem Schuldner zur Empfangnahme einstellen; und es kann im allgemeinen nicht hinreichen, daß der Gläubiger sich vor dem Ablaufe der verabredeten Erfüllungszeit melde, da die Leistung vor dem Ablaufe dieser Zeit nicht gefordert werden kann[131]). Soll die Leistung an einem dritten Orte in Empfang genommen werden, so ist zur Begründung der Mora nach den allgemeinen Regeln erforderlich, daß der Gläubiger sich in den Stand gesetzt habe, zu der festgesetzten Zeit die Leistung an diesem Orte in Empfang zu nehmen, weil sonst der Schuldner, auch wenn er wollte, die Obligation in der ihrem Inhalte entsprechenden Weise nicht würde erfüllen können. Ob der Gläubiger sich in diesem Falle, wie in dem vorher erwähnten, bei dem Schuldner oder einem Vertreter desselben zur Empfangnahme zu melden hat, hängt davon ab, ob er an dem Erfüllungsorte den Gegenstand der Obligation aus dem Gewahrsam des Schuldners abzuholen hat oder ob der Schuldner nach dem Inhalte der Obligation verbunden ist, sich an dem fraglichen Orte bei dem Gläubiger oder einem Vertreter desselben behufs der Vornahme der Leistung einzufinden. Im letzteren Falle bedarf es nur, wofern die Obligation nicht schon eine hinreichende Bestimmung darüber enthält, einer vorhergehenden Mittheilung an den Schuldner, damit dieser wisse, wo er zu der bestimmten Zeit den Gläubiger an dem Erfüllungsorte aufzusuchen oder welchen Vertreter der Gläubiger daselbst zur Annahme der Leistung bestellt hat. In den Fällen nun, in welchen der Gläubiger (selbst oder durch einen Vertreter) sich zur Annahme der Leistung bei dem Schuldner oder einem Vertreter desselben einzustellen hat, sei dieses nun am Wohnorte des Schuldners oder an einem anderen Orte, ist die Regel: dies interpellat pro homine, ohne Bedeutung, sofern der Gläubiger (oder dessen Vertreter) den Schuldner am Erfüllungsorte trifft, indem in der Anmeldung des Gläubigers zur Annahme in der That schon eine wirkliche Interpellation liegt. Nur dann, wenn der Gläubiger weder den Schuldner selbst, noch einen Bevollmächtigten desselben, welcher wirksam interpellirt werden könnte, am Erfüllungsorte trifft, ist der Regel auch

---

131) Wenn man dieses auf den in L. 114. D. 45. 1. besprochenen Fall der Leistung einer unbeweglichen Sache anwendet, so kann in diesem Falle, selbst wenn man die Regel: dies interpellat pro homine, annimmt, regelmäßig nicht schon unmittelbar mit dem Ablaufe der verabredeten Erfüllungszeit eine Mora angenommen werden. Nur dann wäre eine Ausnahme zu rechtfertigen, wenn der Schuldner dem vor dem völligen Ablaufe des Erfüllungstages sich meldenden Gläubiger ausdrücklich erklärt, daß er, auch wenn dieser gleich nach dem Ablaufe des Tages sich wieder einfände, die Obligation doch nicht erfüllen würde. Da die obwaltenden Umstände bei der Frage, ob eine Mora anzunehmen sei, nothwendig berücksichtigt werden müssen, so kann man auch in einem Falle, wie dem eben erwähnten, die Interpellation nicht deshalb für unwirksam erklären, weil der dies noch nicht abgelaufen gewesen sei.

in diesen Fällen eine, wenn auch sehr untergeordnete Bedeutung beizulegen, indem hier nicht, wie in den sonstigen Fällen, in welchen die Abwesenheit des Schuldners die Interpellation verhindert, eine testatio erforderlich ist. Die hier aufgestellte Ansicht würde nur dann erheblich modificirt werden müssen, wenn durch die Beifügung des dies im Zweifel zugleich die Verpflichtung für den Schuldner begründet würde, sich behufs der Erfüllung der Obligation bei dem Gläubiger einzufinden. Eine solche Verpflichtung des Schuldners läßt sich aber als allgemeine Regel nicht behaupten, wenn sich auch schon in manchen Fällen aus der Art und Weise, wie der Contract dem Schuldner die Vornahme der Leistung bis zu einem bestimmten Tage auferlegt, wird schließen lassen, daß die Absicht der Contrahenten auf die Begründung einer solchen Verpflichtung gerichtet gewesen sei. Auch kann man sich für diese der Beifügung eines dies regelmäßig beizulegende Bedeutung weder auf die Theorie noch auf die Praxis berufen. Haben auch einige Schriftsteller die Ansicht aufgestellt, daß der Schuldner in den Fällen der betagten Obligationen die Verpflichtung habe, sich behufs der Erfüllung der Obligation bei dem Gläubiger einzufinden[132]), so ist doch diese Ansicht von den meisten älteren Theoretikern und Praktikern nicht getheilt, sondern es sind von diesen Regeln aufgestellt worden, welche in ihren Grundzügen mit den hier angenommenen Grundsätzen übereinstimmen. Schon die Glossatoren beschränken die Anwendung der Regel auf den Fall, wenn der Gläubiger und der Schuldner denselben Gerichtsstand haben, und zwar deshalb, weil sie nur in diesem Falle den Schuldner für unbedingt verpflichtet erachteten, die Sache dem Gläubiger in das Haus zu bringen[133]). Diese Ansicht ist von der überwiegenden Mehrzahl der späteren italienischen Juristen unter Hervorhebung des Grundes angenommen worden[134]), und ebenso haben viele teutsche Juristen und gerade diejenigen, deren Ansicht für die Praxis vorzugsweise maßgebend gewesen ist, die eben gedachte Beschränkung angenommen, gleichfalls unter besonderer Hervorhebung des Grundes, durch welchen die italienischen Juristen zur Annahme dieser Beschränkung veranlaßt wurden[135]). In den späteren Schriften geschieht der gedachten Beschränkung nicht ausdrücklich Erwähnung. Der Grund lag wohl vorzugsweise darin, daß man von der willkürlichen Verbindung, in welche die Beantwortung der Frage, ob der Schuldner sich behufs der Erfüllung der Obligation bei dem Gläubiger einzufinden habe, mit der Identität oder Verschiedenheit der Gerichtsstände gebracht war, abging; außerdem haben sich auch wohl manche Schriftsteller der Ansicht zugeneigt, daß der Schuldner im Zweifel die Verpflichtung habe, den geschuldeten Gegenstand zu dem Gläu-

---

132) S. die Citate bei Mommsen, Mora S. 111, N. 26.
133) S. die Glosse zu L. 18. pr. D. de pecun. const. (13. 5.)
134) S. die Citate bei Mommsen, Mora S. 111, N. 28.
135) Zahlreiche Citate s. bei Mommsen, Mora S. 112, N. 29.

biger hinzubringen. So kam es, daß die Juristen, welche in der neuesten Zeit die Regel: dies interpellat pro homine, vertheidigt haben, die frühere Praxis gar nicht berücksichtigt haben. Ebenso erklärt es sich auf diese Weise, daß man, als Ratjen in seiner Schrift über die Mora die Anwendbarkeit der Regel davon abhängen ließ, daß der Schuldner verbunden sei, den geschuldeten Gegenstand zum Gläubiger hinzubringen[136]), diese Ansicht als ganz neu und eigenthümlich betrachtete und darin eine theilweise Verwerfung der Regel: dies interpellat pro homine, fand. b) Die subjectiven Voraussetzungen der Mora müssen zugleich vorliegen, damit eine Mora mit dem Ablaufe der bestimmten Erfüllungszeit eintreten könne. Demzufolge ist eine Mora nicht anzunehmen, wenn sich der Schuldner in einem entschuldbaren Irrthume über die Schuld selbst oder die bestimmte Erfüllungszeit befand; ein Fall, der namentlich bei den Erben des ursprünglichen Schuldners leicht vorkommen kann. Ferner kann eine Mora nicht angenommen werden, wenn der Erfüllungstermin so nahe gesetzt ist, daß die Vornahme der Leistung bis dahin nicht möglich ist sowie wenn ein später eingetretenes Ereigniß eine zeitweilige casuelle Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat. Manche Umstände, welche bei der Interpellation den sofortigen Eintritt des Verzuges hindern, können jedoch in dem hier fraglichen Falle regelmäßig keine Berücksichtigung finden. So kann z. B. der Schuldner sich nicht im allgemeinen darauf berufen, daß zur Vornahme der Leistung gewisse Vorbereitungen nothwendig seien. Denn der Schuldner weiß hier (anders als bei der Interpellation) vorher, zu welcher Zeit er spätestens erfüllen soll, und es muß ihm daher regelmäßig zur Schuld angerechnet werden, wenn er nicht bis dahin die nöthigen Vorbereitungen getroffen hat. Diese Grundsätze folgen nothwendig aus der Art und Weise, wie die italienischen und teutschen Juristen die Regel: dies interpellat pro homine, im allgemeinen aufgefaßt haben. Der Grund davon, daß man sich dennoch für diese Grundsätze nicht auf eine entschiedene Praxis berufen kann, liegt darin, daß die Verwirkung der Conventionalstrafe als eine Folge der Mora angesehen wurde und daß erstere nach den Bestimmungen des römischen Rechtes keine Verschuldung des Schuldners voraussetzte. Dieser Umstand hinderte manche der älteren Juristen, die hier in Frage stehenden Grundsätze in ihrem ganzen Umfange anzuerkennen; doch hielten selbst die, welche in dieser Beziehung am weitesten gingen, sich nicht streng an die im römischen Rechte über die Verwirkung der Conventionalstrafe aufgestellten Regeln. Die Entschuldigungsgründe, welche auf einer Unmöglichkeit der Leistung beruhen, erkannte man allgemein an, selbst bei betagten Obligationen; nur darüber war Zweifel, ob es eines Bewußtseins des Schuldners hinsichtlich der Schuld sowie der Zeit der Fälligkeit bedürfe. Einige setzten sich über die Bestimmungen des römischen Rechtes rücksichtlich der Con-

---

136) Ratjen, de mora p. 31 sq.

ventionalstrafe hinaus oder beseitigten diese durch eine willkürliche Auslegung. Andere stellten den Satz auf, daß es auf den Irrthum des Schuldners bei der interpellatio diei nicht ankomme und Manche von ihnen suchten diesen Satz mit ihrer allgemeinen Auffassung der interpellatio diei durch die willkürliche Annahme zu vereinigen, daß der Schuldner im Falle der Beifügung eines dies immer wissen müsse, wenn er zu zahlen habe, d. h. sich nicht in einem entschuldbaren Irrthume befinden könne. Hiernach hatte, wenn auch der entschuldbare Irrthum des Schuldners bei den betagten Obligationen nicht immer als ein Entschuldigungsgrund gegen den Vorwurf der Mora berücksichtigt ist, dieses doch nicht so sehr in der rechtlichen Ueberzeugung, welche sich über die Bedeutung und die Wirkungen der Beifügung des dies gebildet hatte, als vielmehr darin seinen Grund, daß man glaubte, sich über die positiven Vorschriften des römischen Rechtes nicht hinwegsetzen zu dürfen. Man muß deshalb daran festhalten, daß eine Mora nur dann mit dem Ablaufe der bestimmten Erfüllungszeit eintreten kann, wenn auch die subjectiven Voraussetzungen derselben vorhanden sind. Zudem läßt sich als Gegenstand des allgemeinen Rechtsbewußtseins nur die strengere Auffassung der Beifügung des dies ansehen, nicht aber alle einzelnen Modalitäten, unter welchen die Regel: dies interpellat pro homine, in der Praxis zur Anwendung gebracht ist; auch ist, wie schon bemerkt wurde, hinsichtlich dieser einzelnen näheren Bestimmungen und namentlich auch hinsichtlich der hier in Frage stehenden Bestimmung nicht dieselbe Uebereinstimmung vorhanden, wie in Bezug auf die Annahme der Regel selbst[137]. — Nach Feststellung der Bedeutung der Regel: dies interpellat pro homine, ist nun der **Umfang der Anwendbarkeit dieser Regel** näher zu bestimmen. In dieser Beziehung sind mit **Mommsen** folgende Grundsätze aufzustellen: 1) Die Regel ist nur dann anwendbar, wenn durch Vertrag eine ausdrückliche Bestimmung über die Erfüllungszeit getroffen ist. Nur für diese Fälle ist eine bestimmte Praxis erweislich. Ist infolge gesetzlicher Bestimmungen die Obligation nicht sofort, sondern erst in einem späteren Zeitpunkte fällig, so ist mit dem Eintritte dieses Zeitpunktes selbst dann keine Mora anzunehmen, wenn dieser Zeitpunkt auch im voraus sich bestimmen läßt, wie in den Fällen, wo es sich um eine Leistung handelt, welche ihrer Natur nach einen gewissen Zeitraum zu ihrer Vornahme fordert, oder in den Fällen der Miethe, wo mit dem Ablaufe der

---

137) Von den neueren Vertheidigern der Regel wird auf die hier besprochene Frage nicht näher eingegangen, obgleich sie im allgemeinen das Erforderniß einer Verschuldung auch auf diese Art der Mora anerkennen. So erklärt es sich, daß von manchen Gegnern der Regel, wie namentlich von **Schröter** und **Wolff**, deren Richtigkeit deshalb bestritten worden ist, weil die Nichterfüllung der Obligation zur bestimmten Erfüllungszeit dem Schuldner nicht in allen Fällen zur Schuld zugerechnet werden könne. Vgl. **Schröter**, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. IV, S. 133, 159. **Wolff**, Mora S. 341 flg.

Miethzeit die Forderung auf das Miethgeld fällig wird. Hat man auch die Vorschriften der L. 2. C. IV. 66. und des cap. 4. X. III. 18. auf die Mora bezogen, so hat man doch nie allgemein angenommen, daß der Ablauf des gesetzlichen Fälligkeitstermines eine Mora begründe; in den gedachten Stellen handelt es sich überdies um eine nachtheilige Folge, welche nicht mit dem Ablaufe des Fälligkeitstermines, sondern erst mit dem Ablaufe eines weit späteren, durch besondere gesetzliche Vorschrift bestimmten Termines eintritt. Noch weniger kann man bei bedingten Obligationen den Eintritt einer Mora mit dem Tage der Erfüllung der Bedingung annehmen. Die der Regel: dies interpellat pro homine, zu Grunde liegende Erwägung, daß nämlich der Gläubiger zu dem bestimmten, durch die Obligation festgesetzten Tage die Erfüllung erwartet, trifft hier nicht zu, weil bei den bedingten Obligationen schon die über das Zustandekommen der Obligation herrschende Ungewißheit eine bestimmte Erwartung der Erfüllung von Seiten des Gläubigers ausschließt. Endlich läßt sich die Regel nicht ohne weiteres auf die Fälle ausdehnen, wo durch letztwillige Verfügung ein dies für die Erfüllung eines Vermächtnisses bestimmt ist. Im allgemeinen ist hier vielmehr anzunehmen, daß der Testator durch die Bestimmung eines Erfüllungstermines nur dem Onerirten einen Vortheil habe zuwenden wollen; überdies wird es in diesen Fällen fast immer an einer sehr wichtigen Voraussetzung für die unbeschränkte Anwendbarkeit der Regel fehlen, indem der Onerirte im Zweifel nicht die Verpflichtung hat, den Gegenstand des Vermächtnisses dem Legatar zu überbringen. Die Regel wird sich hier nur unter ganz besonderen Umständen zur Anwendung bringen lassen. 2) Die in der Obligation getroffene Zeitbestimmung muß eine wahre Zeitbestimmung sein. Ist durch den Eintritt des dies nicht allein die Fälligkeit, sondern auch die Entstehung der Obligation bedingt, so ist die Regel nicht anwendbar[138]). Die vorher gedachte Auffassung der Beifügung des dies, welche der Regel zu Grunde liegt, ist, wie sich aus dem über die bedingten Obligationen soeben Bemerkten ergiebt, hier, wo die Entstehung der Verpflichtung des Schuldners völlig ungewiß ist, ausgeschlossen. Selbstverständlich muß sich die Feststellung des dies auf die Leistung des Schuldners beziehen. Ist ausgemacht, daß der Gläubiger bis zu einem gewissen Tage den Gegenstand der Obligation entgegennehmen soll, so kann natürlich von einer mit Ablauf des Tages

---

138) Dies hebt besonders Donellus in seinem Tractat de mora hervor. — Die Regel findet also keine Anwendung, wenn die Obligation auf den Tag der Volljährigkeit eines Dritten gestellt ist; vorausgesetzt, daß diese Bestimmung nicht, wie dies bei Verträgen freilich das Gewöhnliche ist, nur als eine bloße Umschreibung des Kalendertages anzusehen ist, sondern verlangt wird, daß der Dritte den Tag erlebt habe. Der Tag ist hier zwar für die quaestio quando ein dies certus; wegen der hinsichtlich der quaestio an herrschenden Ungewißheit ist aber in diesem Falle keine wahre Zeitbestimmung, sondern eine Bedingung vorhanden. S. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. 3, §. 125.

eintretenden Mora des Schuldners keine Rede sein; in diesem Falle ist auch die Obligation sogleich fällig. 3) Daß gerade ein ganz bestimmter Tag für die Erfüllung bestimmt sei, ist nicht nöthig; es kann auch eine Woche oder ein noch größerer Zeitabschnitt bezeichnet sein, welchenfalls die Mora, bei dem Dasein der sonstigen Voraussetzungen für deren Begründung, mit dem Ablaufe dieses Zeitabschnittes eintritt. Je weiter aber der für die Erfüllung bestimmte Zeitraum gefaßt ist, um so zweifelhafter ist es, ob die Contrahenten wirklich in der hier fraglichen strengeren Weise die Zeitbestimmung aufgefaßt haben und ob in der Festsetzung der Zeit sich wirklich der entschiedene Wille des Gläubigers, unter allen Umständen mit dem letzten Moment der Frist die Zahlung zu erhalten, ausgesprochen findet. So wird z. B. wenn nur das Jahr, in welchem gezahlt werden soll, bestimmt ist, die gedachte Auffassung wohl immer ausgeschlossen sein. Eine bestimmte Grenze läßt sich hier nicht ziehen; die Entscheidung der Frage ist vielmehr von den Umständen des einzelnen vorliegenden Falles, welche der Richter zu prüfen hat, abhängig. Bei völliger Ungewißheit des dies in Ansehung der quaestio quando, ist die Regel ganz unanwendbar, z. B. wenn verabredet ist, daß eine Leistung zur Zeit des Todes des Schuldners erfolgen soll. Dagegen ist die Regel anzuwenden, wenn verabredet ist, daß die Leistung innerhalb einer bestimmten Zeit nach geschehener Kündigung bewirkt werden soll. Zwar ist hier zur Zeit des Abschlusses des Vertrages es noch ungewiß, wenn der dies eintritt; mit erfolgter Kündigung ist aber jede Ungewißheit beseitigt und es machen sich dann ganz dieselben Erwägungen geltend, wie in dem Falle, wenn ein bestimmter Tag schon durch den Vertrag festgesetzt ist. 4) Die Anwendung der Regel ist, wenn auch die bisher angeführten Voraussetzungen vorhanden sind, in einigen Fällen ausgeschlossen. Schon vorher ist bemerkt worden, daß der Regel nur eine sehr beschränkte Anwendung für die Fälle beigelegt werden kann, wo der Gläubiger bei dem Schuldner oder einem Vertreter desselben die geschuldete Sache abzuholen oder zur Empfangnahme der Leistung sich einzufinden hat. Ferner ist die Anwendung der Regel völlig ausgeschlossen, wo nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift die unterlassene Interpellation eine stillschweigende Verlängerung des obligatorischen Verhältnisses enthält, z. B. bei der Verpflichtung des Miethers zur Restitution der gemietheten Sache. Hier ist wegen der gedachten Bestimmung selbst dann, wenn der Miether nach dem Inhalte der Obligation verpflichtet sein sollte, die gemiethete Sache dem Vermiether zurückzubringen, im Zweifel keine Mora anzunehmen. Außerdem ist schließlich der Fall hervorzuheben, hinsichtlich dessen es bezweifelt werden dürfte, ob die Regel von der neueren Praxis noch allgemein anerkannt wird. Dies ist die Forderung des Vermiethers auf Zahlung des Miethgeldes. Für die Unanwendbarkeit der Regel in diesem speciellen Falle kann man sich allerdings, auch abgesehen davon, daß das römische Recht hier nicht entscheidend ist, auf L. 17. §. 4. D. 22. 1. nicht berufen, weil es nicht vorliegt, ob in dem dort erwähnten

Falle wirklich eine ausdrückliche Uebereinkunft über die Zeit der Zahlung des Miethgeldes getroffen war. Doch kann wohl einestheils diese Stelle benutzt sein, um für den angegebenen Fall eine Ausnahme anzunehmen, anderntheils kann hier der auch von Ratjen hervorgehobene Gesichtspunkt sich geltend gemacht haben, daß die Miethgelder zu den Früchten gerechnet werden und daß im allgemeinen ein Anspruch auf ein commodum commodi nicht zugelassen wird[139]. Der zuletzt gedachte Satz ist freilich für den hier fraglichen Fall, wo das Miethgeld nicht als Schadenersatz, sondern als Gegenleistung gefordert werden kann, eigentlich ohne Bedeutung, was insbesondre sich daraus ergiebt, daß infolge einer Interpellation Zinsen verlangt werden können. Dennoch hat derselbe vielleicht dazu beigetragen, in dem erwähnten Falle die Zulässigkeit von Zinsen auf den Fall einer Interpellation zu beschränken. Die consequentere Ansicht führt dahin, auch in dem fraglichen Falle, wenn ein dies ausdrücklich verabredet ist, eine Mora ohne Interpellation anzunehmen, wie dies namentlich auch von der Glosse geschieht. Es ist dies umsoweniger aus folgenden Gründen zu bezweifeln. Die im römischen Rechte enthaltene Vorschrift, daß das Miethgeld erst nach Ablauf der Miethzeit zu bezahlen sei, ist namentlich bei Verpachtungen und Vermiethungen von Grundstücken, seien es ländliche Grundstücke oder Gebäude, sehr wenig in Anwendung. Es ist in Teutschland durchgehends üblich, daß auch bei Verpachtungen und Vermiethungen von Grundstücken, welche sich auf eine Reihe von Jahren hinaus erstrecken, die Bezahlung des Pacht- und Miethgeldes nicht erst nach Beendigung der Pacht- und Miethzeit erfolgt, sondern bestimmte Termine während der Pacht- und Miethzeit für die Zahlung des Pacht- und Miethgeldes verabredet werden. Ja an manchen Orten sind herkömmlich gewisse Termine für Zahlung des Pacht- und Miethgeldes während der Pacht- und Miethzeit bestimmt, auch wenn der Contract auf eine Reihe von Jahren geschlossen sein sollte. Bei solchen vertragsmäßigen oder herkömmlichen Bestimmungen von gewissen Zahlungsterminen ist es ganz unbedenklich, die Regel: dies interpellat pro homine, anzuwenden. Auch kann, wenigstens bei ländlichen Grundstücken, die Forderung von Verzugszinsen hier nicht ungerecht erscheinen. Denn der Pachter, welcher die Früchte des Grundstückes zieht, macht durch die Früchte ebenfalls seinen Gewinn; er verkauft das Getreide und sonstige Erzeugnisse des Grundstückes, die Wolle der Schaafe u. s. w. Es würde ungerecht sein, da der Pachter durch den Verkauf der Früchte G.winn macht, dem Verpachter die Verzugs-

---

139) Ratjen, de mora p. 25. Ein ähnlicher Fall ist der Anspruch auf Zahlung von Zinsen. Hier aber steht fest, daß auch, bei Festsetzung eines bestimmten Tages für die Zinsenzahlung, Verzugszinsen von den Zinsen nicht gefordert werden können, weil Zinsen von Zinsen unter allen Umständen verboten sind. In diesem Falle begründet es auch keinen Unterschied, ob eine Interpellation stattgefunden hat oder nicht.

zinsen vom Pachtgelde zu verweigern, weil das Pachtgeld die Stelle der Früchte vertritt.

6) **Vermeintliche Fälle der Begründung einer Mora des Schuldners ohne Interpellation.** In dem Vorhergehenden sind die Fälle angegeben, wo ausnahmsweise ohne Interpellation eine Mora des Schuldners eintritt. Die schon im römischen Rechte anerkannten, vorher unter 5. a. b. angeführten Ausnahmen sind von geringem Umfange; bedeutender ist die Ausnahme, welche für die Begründung der Mora bei betagten Forderungen nach heutigem Rechte gilt. Mit diesen Ausnahmen hat man sich jedoch, namentlich in früherer Zeit, nicht begnügt; man nahm vielmehr an, daß die Mora noch in mehreren anderen Fällen ohne Interpellation begründet werde. Der Irrthum hatte seinen Grund theils darin, daß man das Wort mora immer auf eine Mora im technischen Sinne beziehen zu müssen glaubte, theils darin, daß man überall, wo eine Verpflichtung von Zinsen ohne eine darauf gerichtete Vereinbarung anerkannt wird, das Dasein einer Mora annahm, obschon doch die Verzugszinsen nicht die einzige Art der gesetzlichen Zinsen bilden. In manchen Fällen lag nicht einmal ein solcher Anhaltspunkt vor. Für die meisten dieser Fälle ist jetzt die Annahme einer Mora allgemein verworfen[140]), so daß auf dieselben jetzt nicht näher einzugehen ist. Nur diejenigen Fälle sind noch zu erwähnen, welche von Einigen anerkannt werden. a) **Ausnahmen bei Forderungen Minderjähriger.** Die Minderjährigen haben nach

140) So werden die Verpflichtung des socius, von den in seinen Nutzen verwendeten Societätsgeldern Zinsen zu zahlen und die Verpflichtung des Käufers, von der Zeit der an ihn erfolgten Uebergabe der gekauften Sache das noch nicht gezahlte Kaufgeld zu verzinsen, nicht mehr aus einer Mora abgeleitet; in den Quellen wird in der That auch ausdrücklich gesagt, daß die Verpflichtung nicht in einer Mora ihren Grund habe; vgl. für den ersten Fall L. 1. §. 1. D. 22. 1., für den zweiten Vatic. fragm. §. 2. L. 5. C. IV. 49. So wird auch die Ansicht, daß der Pfandgläubiger, welcher die verpfändete Sache verkauft hat, in Betreff des Ueberschusses sofort sich im Verzuge befinde, jetzt allgemein verworfen; der Pfandgläubiger ist hier nicht einmal immer zur Zahlung von Zinsen verpflichtet, vielmehr hat er nur dann Zinsen von dem Ueberschusse zu entrichten, wenn er denselben zinsbar ausleiht oder wenn er ihn in seinen Nutzen verwendet. Vgl. L. 6. §. 1. D. 13. 7. Nicht minder hat man bei eidlich bestärkten Versprechen eine Mora ohne Interpellation ohne Grund angenommen, auf Grund des cap. X. II. 24. In dieser Stelle wird folgender Fall entschieden. Ein Geistlicher hatte einem Anderen die jährliche Entrichtung einer bestimmten Summe eidlich gelobt und zwei Jahre mit der Zahlung gezögert. Der Pabst Alexander III. entscheidet, der Schuldner solle seines Amtes entsetzt werden: quoniam non merentur ecclesias regere, qui sunt criminе periurii irretiti .... quatenus constiterit, memoratum virum contra iuramentum suum non necessitate, sed voluntate, ab eiusdem pensionis solutione cessasse. Die Strafe der Entsetzung ist hier Folge des Meineides, nicht der Mora. Sowie man in diesem Falle die Annahme einer Mora jetzt allgemein verwirft, so ist dies auch bei den Obligationen auf ein Thun der Fall, bei welchen man ebenfalls eine Mora ohne Interpellation annahm. Vgl. über diese und einige andere, allgemein verworfene Fälle Madai, Mora §. 30, 32—34.

kaiserlichen Constitutionen in Ansehung der ihnen hinterlassenen Geldfideicommisse das Privilegium, daß sie vom Tage der Fälligkeit an Zinsen verlangen durften, ohne daß es dazu einer Interpellation bedurfte. Auf diese Bestimmung beziehen sich namentlich mehrere Digestenstellen. In der ersten Stelle [141]) wird gesagt, daß nach einer Constitution des Kaisers Sept. Severus zu Gunsten der Minderjährigen eine mora in re bei Geldfideicommissen, welche denselben hinterlassen sind, anzunehmen sei; es wird aber nicht hinzugefügt, was unter dieser mora in re zu verstehen und welche Wirkungen derselben beizulegen seien. Das Letztere erklärt sich daraus, daß der Jurist überhaupt nicht beabsichtigte, an diesem Orte das den Minderjährigen hinsichtlich der Geldfideicommisse zustehende Recht darzustellen, sondern die denselben in dieser Beziehung eingeräumte Begünstigung nur anführte, um den Satz zu begründen, daß den Minderjährigen bei der fideicommissaria libertas jedenfalls ein Schutz gegen die Verzögerung von Seiten des Erben zu Theil werden müsse. Wichtiger ist die zweite Stelle [142]), welche sich ex professo mit dem den Minderjährigen in Ansehung der Geldfideicommisse ertheilten Rechte beschäftigt. Es geht aber aus dieser Stelle hervor, daß unter der in der ersten Stelle von Ulpian erwähnten mora in re keine wahre Mora verstanden werden kann. Der Jurist (Paulus) beschränkt nämlich in der zweiten Stelle das den Minderjährigen ertheilte Privilegium darauf, daß sie ohne Interpellation Zinsen verlangen können; er fügt aber ausdrücklich hinzu, daß dieser Zinsenanspruch nicht auf eine Mora (im technischen Sinne) sich gründe; er zieht aus diesem Satze zugleich die praktisch wichtige Folgerung, daß der Zinsenlauf sistirt werde, wenn der Gläubiger volljährig geworden sei, während die durch eine eigentliche Mora begründete Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen nicht auf solche Weise aufgehoben werde. Das erwähnte Privilegium, was, wie aus einer anderen Stelle [143]) sich ergiebt, schon zur Zeit von Antoninus Pius bestanden zu haben scheint, wurde später auf andere Geldforderungen der Minderjährigen ausgedehnt. Wie weit diese Ausdehnung ging, ersieht man aus einem Rescripte Diocletian's und Maximian's [144]). Man hat diese Stelle so verstanden, als ob sie sich auf alle Forderungen Minderjähriger aus bonae fidei Contracten und Vermächtnissen beziehe, nicht blos auf Geldforderungen, und als ob in derselben zu Gunsten Minderjähriger eine wahre Mora angenommen sei, welche ohne Interpellation von dem Tage der Fälligkeit an beginne [145]). Diese Auslegung der Stelle ist aber, wie Mommsen ausgeführt hat, nicht zu rechtfertigen. Aus dem Rescripte geht klar hervor, daß die Kaiser nicht die Aufstellung eines neuen Rechtssatzes beabsichtigten, in=

141) L. 26. §. 1. D. 40. 3. von Ulpian.
142) L. 87. §. 1. D. 31. von Paulus.
143) L. 17. §. 3. D. 22. 1.
144) L. 3. C. in quib. caus. in int. rest. (II. 40. (41.))
145) So z. B. Ratjen, de mora §. 4. nr. 1. Madai, Mora §. 26.

dem sie sich auf den in der Stelle angeführten Satz als auf einen von der Praxis bereits angenommenen berufen („recepto iure — creditum est"). Wenn man nun aber erwägt, daß das ältere, ohne Zweifel auf kaiserliche Constitutionen sich gründende Recht nach dem klaren Ausspruche des Paulus in L. 87. §. 1. D. 31. den Minderjährigen nur einen Anspruch auf Zinsen von den ihnen hinterlassenen Geldfideicommissen zugestand, nicht aber darauf ging, daß von der Zeit der Fälligkeit an eine wahre Mora eintreten sollte, so war es doch das Natürlichste, daß die an dieses ältere Recht sich anschließende Praxis das für Geldfideicommisse den Minderjährigen eingeräumte Zinsprivilegium auf andere Geldforderungen ausdehnte, nicht aber den Inhalt des Rechtes so wesentlich veränderte, wie dies der Fall wäre, wenn das Rescript auf eine wahre Mora bezogen werden müßte. Ueberdies ergeben die Worte der Stelle selbst sehr gewichtige Gründe für die Ansicht, daß es sich in derselben nur darum handelt, in welchem Umfange das ursprünglich auf Geldfideicommisse beschränkte Zinsprivilegium der Minderjährigen anzuerkennen ist. Erstens sprechen nämlich die Worte: tardae pretii solutionis dafür, daß die Kaiser nur Geldforderungen im Sinne gehabt haben. Ferner ist die Beschränkung auf diejenigen obligatorischen Verhältnisse, „quae moram desiderant," d. h. auf die bonae fidei Contracte und Vermächtnisse, nur dann befriedigend zu erklären, wenn die Stelle in der hier angegebenen Weise ausgelegt wird. Unter den Obligationen: quae moram desiderant, sind alsdann die zu verstehen, in welchen die Mora einen Anspruch auf Zinsen begründen kann, und da zu diesen Obligationen die Condictionen nicht gehörten, so erklärt es sich zugleich, daß diese hier außer Betracht bleiben mußten. Bezieht man dagegen das Rescript auf eine wahre Mora und auf alle Forderungen der Minderjährigen, seien diese auf eine Geldzahlung oder auf eine andere Leistung gerichtet, so ist die Ausschließung der Condictionen unerklärlich, da auch für diese die Mora von erheblicher praktischer Bedeutung ist. Auch läßt sich dann in die Worte: quae moram desiderant, kein vernünftiger Sinn bringen. Die hier angenommene Auslegung des Rescriptes erhält endlich Unterstützung durch ein anderes Rescript derselben Kaiser[146]), wo gesagt wird, daß der favor minoris aetatis einen Anspruch auf Zinsen begründe, „licet nulla mora intercesserit." Diese Stelle ist aber um so wichtiger, als sie, nach der Ueberschrift und dem Inhalte zu schließen, wahrscheinlich ursprünglich ein Theil desselben Rescriptes gewesen ist, welchem die L. 3. C. in quib. caus. (II. 40. (41.)) entlehnt ist[147]). Durch diese Stelle wird zugleich der schon an sich nicht sehr

146) L. 5. C. IV. 49.

147) Beide Rescripte scheinen an dieselbe Person gerichtet zu sein; zwar heißt der Bittsteller in L. 3. C. in quib. caus. (II. 40. (41.)) Decimus; in L. 5. C. IV. 49. Decima; es kann aber die Verschiedenheit auch auf einem Fehler der Handschriften beruhen. Wenn man in der L. 5. C. cit. nach dem Anfangsworte „Curabit" ein „ergo" einschiebt, so erscheint letztere ganz

erhebliche Grund vollends entkräftet, welcher daraus entlehnt werden könnte, daß die Kaiser in der L. 3. C. cit. sich des Ausdruckes mora bedient haben. Die einzigen Stellen, welche einen Zweifel gegen die hier angenommene Ansicht begründen könnten, sind die L. 17. §. 3. D. 22. 1. und die L. 3. §. 2. D. 34. 4. Allein bei näherer Betrachtung rechtfertigen diese Stellen die Annahme der Begründung einer wahren Mora ohne Interpellation nicht. Die erste Stelle handelt von Geldfideicommissen, welche Minderjährigen hinterlassen sind, also von dem Falle, für welchen das Zinsprivilegium der Minderjährigen ursprünglich eingeführt wurde. Paulus, der Verfasser der Stelle, bestimmt hier das Recht der Minderjährigen nach einer anderen Seite, als in der schon angeführten L. 87. §. 1. D. 31. Er bemerkt nämlich, daß nach einem Rescripte von Antoninus Pius dem Erben keine Mora zur Last zu legen sei, wenn derselbe das Vermächtniß nicht habe erfüllen können, weil der Minderjährige keinen Vormund gehabt habe. Zur Begründung dieser Entscheidung wird dann ferner gesagt: Quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiam si vellet, non potuit? Nec simile videri posse, quod placuit, minoribus etiam in his succurri, quae non adquisierunt: usurae enim non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur. Die Entscheidung in dieser Stelle ist keineswegs befremdend, weil es ein allgemeiner Grundsatz ist, daß dem Schuldner für diejenigen Hindernisse der Leistung, welche in der Person des Gläubigers ihren Grund haben, keine Verantwortlichkeit obliegt, und dieser Grundsatz auch hinsichtlich anderer Nachtheile, deren Eintritt ebenfalls keine Mora im technischen Sinne voraussetzt, anerkannt ist [148]. Nur der Umstand kann Zweifel erregen, daß zu Anfang der Stelle die Befreiung des Erben von der Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung auf das Nichtdasein einer Mora gegründet und daß in den abgedruckten Worten das Recht auf die Zinsen ausdrücklich aus einer Mora des Schuldners abgeleitet wird. Daraus ist aber nicht zu schließen, daß hier die Begründung einer wahren Mora ohne Interpellation angenommen sei; vielmehr ist hier das Wort mora in seiner allgemeineren, unbestimmteren Bedeutung zu verstehen. Bei entgegengesetzter Annahme würde Paulus sich selbst widersprechen, da er in der L. 87. §. 1. D. 31. ganz entschieden das Dasein einer wahren Mora leugnet. Die zweite oben angeführte Stelle (L. 3. §. 2. D. 34. 4.) ist aus einer Schrift Ulpian's entlehnt und bezieht sich auf ein Universalfideicommiß, welches zunächst einem Pupillen und für den Fall seines Ablebens vor der Restitution der Erbschaft, dessen Mutter hinterlassen ist. Nach dem Buchstaben der letztwilligen Anordnung konnte bei einem solchen Vermächtnisse von einer Transmission auf die Erben des ersten Vermächtnißnehmers nicht

natürlich als der zweite Theil desselben kaiserlichen Rescriptes, von welchem die L. 3. C. cit. den ersten Theil bildet. Unerheblich ist, was Madai, Mora S. 154 gegen die Zusammengehörigkeit beider Stellen einwendet.

148) L. 23. §. 1. D. 4. 8. L. 9. §. 1. D. 22. 1. L. 4. §. 4. D. 18. 3.

die Rede sein, weil sein Recht von der factischen Erlangung des vermachten Gegenstandes abhängig gemacht war. Man hielt es jedoch dem Willen des Testirers für nicht entsprechend, wenn die Transmission in einem so weiten Umfange von der Bereitwilligkeit des Erben zur Erfüllung abhängen sollte. Man nahm deshalb, wie sich aus §. 1 der L. 3. cit. ergiebt, an, daß die Erben des ersten Vermächtnißnehmers nur dann immer ausgeschlossen seien, wenn derselbe vor den dies cedens gestorben sei, daß dagegen die Klage aus dem Testamente den Erben zustehe, wenn der erste Vermächtnißnehmer den dies cedens erlebt und den Onerirten in Mora versetzt habe. Hierbei kann nur an eine Interpellation gedacht sein; dieselbe hat aber hier eine ganz andere Bedeutung, als in den anderen Fällen, wo sie erwähnt wird. Es dreht sich nämlich nicht um eigentliche Folgen der Mora, welche dann auch den Schuldner treffen müßten, sondern es fragt sich darum, ob ein Erwerb des Vermächtnisses durch den ersten Vermächtnißnehmer anzunehmen sei oder nicht, mithin handelt es sich um eine Frage, deren Entscheidung das Interesse des Onerirten an sich nicht berührt, da dieser das Vermächtniß jedenfalls, wenn nicht an die Erben des ersten Vermächtnißnehmers, doch an den zweiten Vermächtnißnehmer auszahlen muß. Die in der L. 3. §. 1. D. cit. der Interpellation beigelegte Bedeutung erklärt sich aber daraus, daß der Vermächtnißnehmer durch sie den bestimmten Willen, das Vermächtniß zu erlangen, darlegt. Insofern nun der erste Vermächtnißnehmer ein Pupill ist, soll es keiner Interpellation bedürfen. Das Recht auf das Vermächtniß wird in diesem Falle nach L. 3. §. 2. cit. auf die Erben des ersten Vermächtnißnehmers transmittirt, wenn der Pupill den dies cedens erlebt hat, indem hier gleichsam von selbst eine Mora eintritt („utpote re ipsa mora subsecuta"). Wie Ulpian in der L. 26. §. 1. D. 40. 5. aus dem in Betreff der Geldfideicommisse den Minderjährigen ertheilten Privilegium, welches von ihm als eine zu ihren Gunsten eintretende mora in re bezeichnet wird, den Schluß zieht, daß die allgemein geltende Begünstigung der fideicommissaria libertas hinsichtlich der Minderjährigen nicht bezweifelt werden könne, so hat ihn auch wohl das erwähnte Privilegium der Minderjährigen veranlaßt, in der L. 3. §. 2. D. 34. 4. eine Ausnahme von den sonst geltenden Regeln zu Gunsten der Minderjährigen anzunehmen. Daraus ist aber nicht zu schließen, daß bei den Forderungen der Minderjährigen eine wahre Mora ohne vorhergehende Interpellation mit der Fälligkeit der Forderung eintritt, da in der L. 3. §. 2. cit. Wirkungen der Mora als solcher überall nicht in Frage stehen. Die mora ex re, welche zu Gunsten der Minderjährigen angenommen wird, ist also blos ein den Minderjährigen in Ansehung der ihnen zustehenden Geldforderungen zugestandenes Zinsprivilegium, aber keine Mora im technischen Sinne des Wortes[149]). b) Mora bei Forderungen des Fiscus. Dem

149) Dieser hier angenommenen Ansicht sind Wolff, Mora §. 9. Bur-

Fiscus steht das Vorrecht zu, daß er bei allen seinen Geldforderungen, auch wenn keine Zinsen besonders stipulirt sind, usuras semisses verlangen kann, ohne daß dazu eine Interpellation nothwendig ist. Diese Zinsen sind von dem Tage an zu zahlen, mit welchem die Schuld fällig geworden ist[150]). Man hat dieses Vorrecht gewöhnlich dem Fiscus auch dann beigelegt, wenn demselben die Forderung eines Anderen cedirt worden ist, von Zeit der dem Schuldner mitgetheilten Cession an[151]). Die Stellen, auf welche man sich deshalb beruft[152]), namentlich die zweite der in der Note angeführten, handeln aber nicht von der Cession, sondern von dem Falle, wo der Fiscus Universalsuccessor einer Privatperson wird, von welchem Falle noch kein Schluß auf die Cession gestattet ist[153]). Daraus, daß der Fiscus vom Augenblicke der Fälligkeit an ein Recht auf Zinsen hat, folgt noch nicht, daß auch die anderen Folgen der Mora ohne vorhergehende Interpellation mit dem gedachten Zeitpunkte eintreten; es liegt vielmehr hier, wie in dem unter a. erwähnten Falle, ein Zinsprivilegium vor. Gegen diese Ansicht lassen sich auch weder die L. 10. §. 1. D. 39. 4. noch die L. 17. §. 5. D. 22. 1. anführen. In beiden Stellen ist nur von Zinsen die Rede. Daß aber diese Zinsen in der ersten Stelle als usurae ex mora bezeichnet werden, kann bei der schwankenden Bedeutung des Wortes mora nicht beweisen, daß hier ohne vorhergehende Interpellation eine wahre Mora mit allen ihren Folgen angenommen sei; ebensowenig ist es nöthig, die Worte der L. 17. §. 5. D. cit.: qui tardius pecuniam inferunt, auf eine Mora im technischen Sinne zu beziehen[154]). c) Mora bei Vermächtnissen ad pias causas. Ist ein Vermächtniß ad pias causas hinterlassen, so ist dies nach der Bestimmung Justinian's[155]) binnen sechs Monaten vom

---

chardi, röm. Recht §. 222. Arndts, Pandekten §. 251, N. 5. Mommsen, Mora S. 120—126. Die älteren Theoretiker und Praktiker haben größtentheils eine andere Ansicht, indem sie die zu Gunsten der Minderjährigen eintretende Mora ex re für eine wahre Mora halten. Hier muß man aber die alte Praxis ohne Zweifel aufgeben, sobald man den ihr zu Grunde liegenden Irrthum erkannt hat, weil ein Rechtssatz in Frage ist, der fortwährend nur als ein positiver Grundsatz des römischen Rechtes betrachtet und zur Anwendung gebracht worden ist. — Aus dem Obigen folgt zugleich, daß die, welche die Verschuldung nicht als Voraussetzung der Mora gelten lassen wollen, sich mit Unrecht auf die Mora ex re zu Gunsten der Minderjährigen berufen.

150) L. 17. §. 5. 6. D. 22. 1. Siehe auch L. 43. D. eod. Dem steht auch L. 16. §. 1. D. eod. nicht entgegen; die Versagung des Anspruches der Zinsen von dem dem Fiscus schuldigen Kaufgelde deshalb, weil der Käufer die Uebergabe des Grundstückes leugnete und die Früchte nicht gezogen hatte, steht der Annahme eines allgemeinen Privilegiums nicht entgegen.

151) Dieser Meinung ist selbst noch Mommsen, Mora S. 127.

152) L. 17. §. 6. D. 22. 1. L. 6. pr. D. 49. 14.

153) Vgl. Puchta in dem Artikel Cession Bd. II, S. 660.

154) Vgl. namentlich Wolff, Mora S. 166 flg. Mommsen, Mora S. 127. Auch Madai, Mora S. 162 flg. hat im allgemeinen dieselbe Ansicht; doch legt er die oben angeführten Stellen auf sehr gezwungene Weise aus.

155) Nov. 131. cap. 12.

Augenblicke der Insinuation des Testamentes an zu entrichten. Geschieht dies nicht, so muß der Erbe vom Tode des Erblassers an die Früchte, Zinsen und Accessionen leisten. Diese singuläre Vorschrift ist man nicht berechtigt auszudehnen und anzunehmen, daß auch die übrigen Folgen der Mora in diesem Falle ohne Interpellation eintreten. Da in der in der Note angeführten Novelle von einer Mora nicht die Rede ist, so hat man sich zur Rechtfertigung der Annahme einer Mora auf die restituirte L. 46. §. 4. C. I. 3. berufen, welche von dem durch ein Testament angeordneten Bau einer Kirche oder eines Hospitales handelt und den Erben für den Fall, daß er diese Anordnung nicht binnen drei Jahren, bezüglich in einem Jahre ausführt, verpflichtet, die Früchte, Zinsen und jede gesetzliche Accession vom Tode des Erblassers an zu leisten. Nach der letzteren Stelle soll allerdings ohne Rücksicht auf die Litiscontestation oder Mahnung in diesem Falle ipso iure eine Mora eintreten. Auch könnte der Umstand, daß die L. 46. §. 4. C. cit. als ein restituirtes Gesetz der unmittelbaren praktischen Bedeutung für uns ermangelt, die Benutzung derselben zur Auslegung der Nov. 131. cap. 12. nicht hindern. Aber einestheils ist der Schluß aus der auf einen ganz speciellen Fall sich beziehenden L. 46. cit. nicht unbedenklich, anderntheils machen es die in der gedachten Stelle gebrauchten Ausdrücke keineswegs unzweifelhaft, daß in dem dort erwähnten Falle wirklich alle Folgen der Mora und nicht etwa blos diejenigen Folgen eintreten sollen, welche allein die Litiscontestation zu ihrer Voraussetzung haben[156]. d) Mora zu Gunsten der Dos. Nach einer Verordnung Justinian's soll der extraneus promissor, wenn er die Dos zwei Jahre nach Anfang der Ehe noch nicht an den Ehemann gezahlt hat, mit Ablauf dieser Zeit vier Procent Zinsen von den zur Dos versprochenen Geldern oder wenn es andere, aber ästimirte Sachen sind, dieselben Zinsen von der Taxationssumme zahlen. Besteht das versprochene Heurathsgut nicht in einer Geldsumme und hat auch eine Taxation nicht stattgefunden, so sollen mit dem Ablaufe des zweiten Jahres diejenigen Folgen eintreten, welche sonst erst von der Litiscontestation an stattfinden[157]. Ebenso hat der Ehemann, gleichfalls nach einer Verordnung Justinian's, wenn er das Heurathsgut nicht innerhalb eines Jahres nach Trennung der Ehe zurückgiebt, die Verpflichtung, von dieser Zeit an vier Procent Zinsen jährlich zu zahlen, auch wenn eine Mahnung nicht erfolgt ist[158]. Auch in diesen Fällen ist keine wahre Mora anzunehmen. Vorzugsweise handelt es sich um eine Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen; nur in dem einen Falle sollen gegen den extraneus promissor des Heurathsgutes die Folgen der Litiscontestation eintreten. Da aber auch hinsicht-

156) Wolff S. 171 flg. Mommsen S. 128. A. M. ist Madai, Mora S. 158 flg.
157) L. 31. §. 2. C. V. 12.
158) L. un. §. 7. C. V. 13.

lich dieses Falles blos von den Folgen der Litiscontestation die Rede ist, so ist anzunehmen, daß die Folgen der Mora, sofern sie über die Folgen der Litiscontestation hinausgehen, nicht ohne weiteres mit dem Ablaufe der gesetzlich bestimmten Zeit, sondern erst infolge einer Interpellation eintreten [159]). e) Mora zu Gunsten der fideicommissarischen Freiheit. Obwohl dieselbe für das heutige Recht ohne Bedeutung ist, so zeigen doch die Bestimmungen des römischen Rechtes über die fideicommissarische Freiheit, daß die römischen Juristen nicht geneigt waren, die Begründung einer Mora ohne Interpellation in dem Umfange anzunehmen, wie man häufig geglaubt hat. Wollte der Erbe den Sclaven, dem die Freiheit durch ein Fideicommiß hinterlassen war, nicht freilassen, oder war er durch Abwesenheit oder andere Umstände an der Freilassung gehindert, so konnte der Sclave, wenn er sich an den Prätor wendete, auch ohne Mitwirkung des Erben die Freiheit erlangen [160]). Der durch die (verschuldete oder unverschuldete) Zögerung des Erben entstehende Aufschub konnte in zweifacher Beziehung Nachtheile für den Freizulassenden haben, nämlich 1) in Bezug auf den status der in der Zwischenzeit von der freizulassenden Sclavin geborenen Kinder, indem diese infolge der Verzögerung als Sclaven geboren wurden; 2) in vermögensrechtlicher Beziehung, indem der Freizulassende bis zur wirklichen Freilassung nichts für sich erwerben konnte, und indem er namentlich, wenn ihm außer der Freiheit noch ein Vermächtniß hinterlassen war, nicht zum Erwerbe und zur Benutzung desselben gelangen, ja nach den allgemeinen Regeln nicht einmal in Ansehung des Vermächtnisses wirksam interpelliren und den Onerirten in Verzug versetzen konnte, weil die Wirksamkeit der Interpellation die Möglichkeit der Auszahlung voraussetzt, welche, so lange der Vermächtnißnehmer noch Sclave des Erben war, nicht geschehen konnte. In Betreff des ersten Punktes nahmen, wie es scheint, alle römischen Juristen an, daß der Aufschub den unterdessen geborenen Kindern nicht nachtheilig sein dürfe; nur über die Art der ihnen zu leistenden Hilfe finden sich verschiedene Ansichten. Nach einigen Stellen sind die Kinder nur dann als ingenui zu betrachten,

---

159) Vgl. Mommsen, Mora S. 128 flg. Noch hat man auf Grund der L. 38. §. 1. D. 22. 1. für einen anderen Fall den Eintritt einer Interpellation bei der Dos angenommen. In der Stelle wird aber in der That nichts weiter gesagt, als daß der Bräutigam, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt, das dotis causa ihm übergebene Grundstück mit den Früchten restituiren soll, nicht blos mit den vor Vereitelung der Ehe gezogenen Früchten, sondern auch, wenn er die Restitution verzögert hat, mit den späteren Früchten. Aus dem Schlußsatze der Stelle folgt, daß die Verpflichtung auch die versäumten Früchte umfaßt; um aber einen Anspruch auf diese zu begründen, bedarf es noch keiner wahren Mora. Siehe Wolff, Mora S. 393, N. 268. Mommsen, Mora S. 129, N. 7. Gegen die Erklärung der Stelle von Madai, Mora S. 202 flg. als eine gezwungene und unnatürliche erklärt sich Wolff a. a. O.

160) Darauf bezogen sich das SC. Rubrianum und Dosumianum. L. 26. §. 7. L. 51. §. 4. D. 40. 5.

wenn der Erbe vor ihrer Geburt auf Freilassung der Mutter belangt ist; dagegen sollen dieselben, wenn sie vor erfolgter Interpellation, aber nach der Zeit geboren sind, zu welcher die Mutter die Freiheit fordern konnte, der Mutter behufs der Freilassung übergeben werden. Nach einer anderen Stelle sollen die Kinder immer als ingenui angesehen werden, wenn sie nach der Zeit, zu welcher die Freiheit gefordert werden konnte, geboren sind[161]). Der den Kindern gewährte Schutz wird aus einer Mora in re abgeleitet[162]). Daraus ist aber nicht zu folgern, daß hier mit dem Augenblicke, wo die Freiheit gefordert werden konnte, eine wahre Mora eintrat; vielmehr ergiebt sich aus den Vorschriften des römischen Rechtes in Betreff des zweiten der angeführten Punkte, das Gegentheil. Wäre eine jede Verzögerung der Freilassung als eine wahre Mora betrachtet worden, so hätte das römische Recht dem freizulassenden Sclaven in allen Fällen auch einen Anspruch auf dasjenige gewähren müssen, was er im Falle einer sofortigen Freilassung für sich selbst (und nicht für den Herrn) erworben hätte, sowie auf die Vortheile, welche die Benutzung der neben der Freiheit vermachten Gegenstände ihm gewährt hätte. Nach den Quellen ist anzunehmen, daß zur Begründung eines solchen Anspruches eine Interpellation nothwendig war. Nur insofern trat eine allerdings sehr nahe liegende Begünstigung des Sclaven ein, als die Interpellation hinsichtlich der Freilassung zugleich eine Mora in Ansehung des Vermächtnisses begründete, welche der zur Freilassung Verpflichtete neben der Freiheit dem Sclaven zu leisten hatte[163]). Die römischen Juristen legen also der zu Gunsten der fidei-

---

161) Die erste Ansicht wird aufgestellt in L. 13. 26. §. 1. D. 40. 5., die zweite in L. 53. pr. D. eod.

162) L. 26. §. 1. D. 40. 5.

163) In L. 84. D. 31. ist bestimmt, daß der Erbe, welcher bezüglich der Leistung der Freiheit sich eine Mora zu Schulden kommen läßt, eine solche auch in Ansehung des dem Sclaven neben der Freiheit hinterlassenen Fideicommisses begeht und daß deshalb die in ersterer Beziehung dem Erben zur Last fallende Mora denselben zugleich verpflichte, die Zinsen des Fideicommisses zu zahlen sowie dem Freizulassenden das zu restituiren, was derselbe in der Zwischenzeit ihm als seinem Herrn erworben habe. Was hier für eine Mora gemeint ist, ist aus den Worten der Stelle nicht bestimmt zu ersehen; es geht jedoch aus L. 10. §. 1. D. 34. 1. hervor, daß nicht an die zu Gunsten der Freiheit eintretende Mora in re, sondern nur an eine durch Interpellation begründete Mora gedacht sein kann. Nach dieser Stelle kann nämlich der Sclave, welchem neben der ihm pure hinterlassenen Freiheit auch Alimente vermacht sind, im Falle einer Verzögerung der Freilassung die Alimente für die vergangene Zeit nachfordern, auch wenn der Erbe sich keiner Mora schuldig gemacht hat; denn — so heißt es weiter — die Frage, ob dem Erben eine Mora zur Last falle, kommt nur dann in Betracht, wenn es sich um die Zinsen des Fideicommisses handelt, nicht blos um das Fideicommiß selbst. In dieser Stelle kann aber unter derjenigen Mora, welche einen Anspruch auf Zinsen gewährt, nur eine durch Interpellation begründete Mora verstanden sein, weil jede Verzögerung der Freilassung nothwendig eine Mora in re zugleich enthält. Dasselbe, was in dieser Stelle in Bezug auf die Zinsen ausdrücklich anerkannt wird, ist auch in Bezug auf den

commissarischen Freiheit angenommenen Mora in re nur Wirkungen in Bezug auf den status, nicht aber auch vermögensrechtliche Wirkungen bei. In der letzteren Beziehung hielten sie an der Regel fest, daß es zur Begründung der Mora der Interpellation bedürfe.

B. Auf Seiten des Gläubigers. 1) Wesen und Voraussetzungen der Mora des Gläubigers im allgemeinen. Sowie bei der Mora des Schuldners objective und subjective Voraussetzungen zu unterscheiden sind, so ist dies in gleicher Weise auch bei der Mora des Gläubigers der Fall; nur haben die subjectiven Voraussetzungen aus dem gleich im Anfange dieses Artikels angeführten Grunde eine wesentlich andere Stellung und eine weit geringere Bedeutung. Was zuerst die objectiven Voraussetzungen der Mora des Gläubigers anlangt, so genügt der Umstand, daß der Gläubiger nicht sofort nach Eintritt der Fälligkeit Schritte zur Realisirung der Obligation vornimmt, allein nicht zur Begründung der Mora. Wie eine Mora des Schuldners nur dann angenommen wird, wenn die Verzögerung der Erfüllung allein am Schuldner liegt, so ist auch zur Begründung der Mora des Gläubigers erforderlich, daß die Verzögerung allein darin ihren Grund hat, daß es an der zur Vornahme der Leistung nöthigen Mitwirkung des Gläubigers gefehlt hat. Ob letzteres der Fall ist, kann nicht entschieden werden, so lange nichts weiter vorliegt, als daß der Gläubiger kein ausdrückliches Verlangen auf Erfüllung der Obligation gestellt hat. Deshalb muß regelmäßig eine Handlung des Schuldners hinzutreten, der für die Mora des Schuldners dieselbe Bedeutung beiwohnt, wie solche die Interpellation für die Mora des Schuldners hat.

---

inzwischen von dem Sclaven gemachten Erwerb anzunehmen, da L. 84. D. 31. beide Folgen in Ansehung der Voraussetzungen ihres Eintretens gleichstellt. Nach dem Angeführten ist auch L. 92. fin. D. 35. 1. auf eine durch Interpellation begründete Mora zu beziehen. Es wird hier gesagt, daß der Vater, welcher infolge einer letztwilligen Verfügung verpflichtet sei, den Sohn zu emancipiren, und zugleich demselben die Erbschaft zu restituiren, im Falle der Verzögerung der Emancipation, „quasi ex mora" Zinsen zu leisten habe. Damit soll aber nicht gesagt werden, daß eine Interpellation nicht nothwendig sei, und überhaupt kommt eine Mora in re zu Gunsten der Emancipation in den Quellen nicht vor. Die Worte: quasi ex mora erklären sich vielmehr auf folgende Weise. Der Vater konnte dem Sohne, so lange er in seiner Gewalt war, die Erbschaft nicht restituiren, da er, indem er an den Sohn leistete, nur an sich selbst geleistet haben würde. Aus diesem Grunde war vor der Emancipation eine Interpellation in Ansehung des Universalfideicommisses und somit auch der Strenge nach die Begründung einer Mora in dieser Beziehung nicht möglich. Man nahm aber in derselben Weise, wie bei dem Sclaven hinsichtlich des neben der Freiheit ihm hinterlassenen Vermächtnisses, an, daß die Interpellation in Ansehung der Emancipation zugleich eine Mora rücksichtlich des Universalfideicommisses begründe. Die Mora trat hier also hinsichtlich eines Gegenstandes ein, auf welchen die Interpellation nicht gerichtet war und hierauf eben beziehen sich die Worte: quasi ex mora, wie sich dies aus dem zur Erklärung derselben hinzugefügten Satze ergiebt: videri enim eum, qui moram faceret emancipationi, moram restitutioni fideicommissi facere.

Diese Handlung ist die Oblation, das Anbieten der Erfüllung von Seiten des Schuldners. Zur Begründung der Mora des Gläubigers bedarf es also regelmäßig der Oblation. Selbstverständlich muß dazu die Nichtannahme der angebotenen Leistung von Seiten des Gläubigers hinzukommen; denn durch die Annahme der Leistung würde die Erfüllung der Obligation zu Stande kommen, also die Verzögerung der Erfüllung ausgeschlossen sein. Etwas weiteres ist in objectiver Beziehung nicht erforderlich[164]). Es fragt sich aber, ob nicht zu diesen objectiven Voraussetzungen, ebenso wie bei der Mora des Schuldners, ein

164) In mehreren Stellen der Justinianeischen Rechtssammlung wird neben der Oblation eine Obsignation und Deposition erwähnt. Mehrere ältere Juristen haben angenommen, daß beide in so nothwendigem innerem Zusammenhange stehen, daß zur Begründung einer Mora des Gläubigers außer der Oblation noch eine darauf folgende Obsignation und Deposition erforderlich sei, z. B. Arumaeus, Comm. method. de mora Cap. VII. nr. 7. Höpfner, Commentar über die Institutionen §. 755. Die Stellen, in welchen die Obligation und Obsignation nebst Deposition in engerer Verbindung mit einander erwähnt werden, sind folgende: L. 7. D. 22. 1. L. 6. 19. C. IV. 32. L. 9. C. de solut. (VIII. 42. (43.)) Nov. 91. cap. 2. Allerdings reden diese sämmtlichen Stellen von einer nach der Oblation erfolgenden Obsignation und Deposition; aber in ganz anderem Zusammenhange und zu einem ganz anderen Zwecke. Es soll dadurch nicht blos eine Mora des Gläubigers begründet, vielmehr das ganze obligatorische Verhältniß für den Schuldner beendigt werden. Dazu ist freilich eine Deposition u. s. w. von Seiten des Schuldners wesentlich erforderlich; denn so lange er noch etwas von der dem Gläubiger schuldigen Leistung in Händen hat, würde, trotz seiner Absicht zu erfüllen, das obligatorische Verhältniß, wenn auch gegen seinen Willen, fortdauern. Deshalb sagt Papinian in der ersten der angeführten Stellen: sobald der Schuldner das bereits deponirte Geld wieder an sich nehme, beginne auf das Neue seine frühere Verpflichtung aus der Obligation, also auch die Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung, sobald er sich einer Mora schuldig mache: si postea conventus, ut solveret, moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt. Ebenso rescribirt in der dritten Stelle der Kaiser Philippus, die Klage des Gläubigers gehe gegen den Schuldner, nicht gegen den Depositar, sobald der Schuldner das deponirte Geld wieder an sich genommen habe. Am deutlichsten spricht die vierte Stelle die durch die Oblation und darauf erfolgende Deposition eintretende Beendigung des ganzen obligatorischen Verhältnisses aus. Nicht minder deutlich geschieht dies in der fünften Stelle, in welcher die gehörig deponirte Dos als dos data angesehen wird, welche bei Auflösung der Ehe, wie jede andere wirklich entrichtete Dos, zurückgefordert werden kann. Ganz anders verhält es sich da, wo durch die Oblation nur eine Mora des Gläubigers begründet werden soll. Hier wird keineswegs das obligatorische Verhältniß aufgehoben; vielmehr bleibt dasselbe nach wie vor, trotz der eingetretenen Mora, bestehen, während es durch eine Deposition beendigt werden würde. Es entstehen nur für den Gläubiger infolge seiner Mora besondere Nachtheile, indem der Schuldner dadurch von mancherlei Verpflichtungen, welche ihn sonst treffen würden, befreit wird. Schon aus diesen allgemeinen Gründen ist die Ansicht, daß zur Begründung einer Mora des Gläubigers außer der Oblation auch eine Obsignation und Deposition erforderlich sei, zu verwerfen. Außerdem sprechen gegen diese Ansicht auch einige speciellere Gründe. Hinsichtlich dieser ist auf Madai, Mora §. 41 zu verweisen. Diese spécielleren Gründe beruhen auf folgenden Stellen: L. 17. D. 18. 6. L. 22. pr. D. 46. 3. L. 11. C. IV. 32. Die gedachte Ansicht ist übrigens jetzt allgemein aufgegeben.

subjectives Moment hinzutreten muß. Mehrere neuere Schriftsteller über die Mora halten es für nothwendig, daß die Nichtannahme der Leistung in einer Verschuldung des Gläubigers ihren Grund habe[165]). Diese Ansicht setzt voraus, daß durch die Verweigerung der Annahme von Seiten des Gläubigers ein Recht des Schuldners verletzt wird, da die Verschuldung nur insofern rechtliche Wirkungen hat, als sie in einer Rechtsverletzung sich offenbart. Soll also wirklich zur Mora des Gläubigers eine culpose Nichtannahme der Leistung erforderlich sein, so muß dem Schuldner das Recht zustehen, vom Gläubiger die Annahme des Gegenstandes der Obligation zu verlangen. Ein solches Recht im allgemeinen ist aber mit Mommsen nicht anzuerkennen. Der Gläubiger wird durch die Obligation nicht in gleicher Weise zur Annahme verpflichtet, wie der Schuldner zur Erfüllung; es steht vielmehr bei ihm, ob er die durch das obligatorische Verhältniß ihm eingeräumte Herrschaft ausüben will oder nicht. Deshalb hat auch der Schuldner keine Klage, um die Annahme zu erzwingen; vielmehr sichern ihn andere Mittel gegen die Nachtheile, welche die Zögerung des Gläubigers für ihn haben kann[166]). Die Ansicht, daß zu den Voraussetzungen der Mora des Gläubigers eine Verschuldung gehöre, ist daher nicht zu billigen. Dennoch fehlt es auch hier an einem subjectiven Momente nicht, indem die Nichtannahme der angebotenen Leistung nur dann eine Mora des Gläubigers begründen kann, wenn dieselbe in dem Willen des Gläubigers ihren Grund hat. Zur Begründung der Mora des Gläubigers gehört also erstens die Oblation von Seiten des Schuldners, zweitens eine Nichtannahme, welche in dem Willen des Gläubigers ihren Grund hat. Sowie jedoch die Mora des Schuldners ausnahmsweise ohne Interpellation eintritt, so ist auch die Begründung der Mora des Gläubigers ausnahmsweise ohne Oblation möglich. Doch darf auch in diesen Fällen das eben erwähnte subjective Moment, daß nämlich die Verzögerung der Erfüllung auf den Willen des Gläubigers als Grund

---

165) Madai, Mora §. 36. Wolff, Mora §. 31.

166) Vgl. L. un. C. III. 7. L. 4. C. V. 56. Allerdings wird in L. 9. D. 19. 1. von einer Klage auf Annahme der Leistung gesprochen. Es heißt dort: Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut tollat. Hier liegt aber ein gemischtes Geschäft vor. Der Eigenthümer beabsichtigt durch den Verkauf nicht blos den Vortheil des Kaufgeldes, sondern auch den Vortheil zu erlangen, daß sein Grundstück von den Steinen gereinigt werde; auch in der letzteren Beziehung hat der Käufer durch den Contract eine Verpflichtung (ausdrücklich oder stillschweigend) übernommen. Die letztere Verpflichtung wird in unserem Falle durch die actio venditi geltend gemacht. Gegen diese Erklärung läßt sich auch nicht einwenden, daß die erwähnte Verpflichtung, streng genommen, nicht innerhalb der Grenzen des eigentlichen Kaufcontractes liegt, weil der Name des Contractes und der Klage nach dem Hauptinhalte des Geschäftes sich richtet. Ein ähnlicher Fall wird in L. 16. pr. D. 19. 5. besprochen. Die L. 21. D. 12. 1. ist für unsere Frage ohne Bedeutung; es kommt in dieser Stelle nur in Frage, ob dem Kläger, wenn er die ihm angebotene Abschlagszahlung sich nicht gefallen lassen will, die Klage in Beziehung auf das Angebotene zu versagen sei.

sich zurückführen läßt, nicht fehlen. Die Mora des Gläubigers läßt sich demnach als *die willkürliche Verzögerung der Erfüllung von Seiten des Gläubigers* bezeichnen. In dem Folgenden ist zuerst die regelmäßige Begründung durch Oblation, dann die ausnahmsweise ohne Oblation stattfindende Begründung zu betrachten. Zuvor ist jedoch noch festzustellen, *wie die Forderung beschaffen sein muß, damit eine Mora des Gläubigers hinsichtlich derselben eintreten könne.* Selbstverständlich setzt die Begründung der Mora des Gläubigers eine bereits bestehende Forderung voraus. In dieser Beziehung stehen die Mora des Gläubigers und die Mora des Schuldners sich gleich. Im einzelnen finden aber manche Abweichungen statt und zwar folgende. Während der Eintritt einer Mora des Schuldners die Klagbarkeit der Obligation voraussetzt, bedarf es derselben nicht für die Begründung der Mora des Gläubigers. Die letztere kann auch bei bloßen Naturalobligationen eintreten, da in der Beschaffenheit der Forderung kein Grund liegt, warum hier nicht dieselben Folgen eintreten können, wie bei der Mora, welche dem Gläubiger hinsichtlich klagbarer Obligationen zur Last fällt [167]). Ferner kann der Gläubiger zur Abwendung des Vorwurfes der Mora sich nicht darauf berufen, daß zur Zeit der Verweigerung der Annahme seiner Forderung eine Einrede entgegenstand, indem die Einrede nur ein Recht des Schuldners, nicht des Gläubigers ist. Deshalb steht auch der Umstand, daß die Obligation noch nicht fällig ist, der Begründung einer Mora des Gläubigers in der Regel nicht entgegen. Im allgemeinen genügt also, daß die Forderung des Gläubigers, hinsichtlich welcher eine Mora desselben begründet werden soll, bereits besteht. Sowie aber bei manchen Obligationen das Institut der Mora des Schuldners ohne praktische Bedeutung ist (vgl. oben A. unter 3.), so giebt es auch Obligationen, bei welchen von einer Mora des Gläubigers nicht die Rede sein kann. Geht man davon aus, daß die Mora des Gläubigers eben darin besteht, daß er seine Mitwirkung zur Erfüllung der Obligation verweigert und daß die Mora blos eine Verzögerung, keine vollständige Verhinderung der Erfüllung ist, so ergiebt es sich, daß eine Mora des Gläubigers nur bei denjenigen Obligationen eintreten kann, zu deren Erfüllung überhaupt eine Mitwirkung des Gläubigers vorausgesetzt wird und bei denen die Leistung zugleich so festgesetzt ist, daß nicht blos von einer völligen Verhinderung, sondern auch von einer Verzögerung derselben die Rede sein kann. Das Institut der Mora des Gläubigers ist daher für zwei Klassen von Obligationen ohne praktische Bedeutung. Die *erste* Klasse begreift diejenigen Obligationen, zu deren Erfüllung überall keine Mitwirkung des

167) Dies hat schon vor *Mommsen* hervorgehoben Fritz, Erläuterungen H. 3, S. 348. Auch bei Naturalobligationen kann es für den Schuldner von Interesse sein, den Gläubiger in Verzug zu setzen; es braucht deshalb nur auf das den Letzteren zustehende Recht, die Naturalobligation zum Zwecke der Compensation zu benutzen, hingewiesen zu werden.

Gläubigers, nicht einmal die einfache Annahme der Leistung vorausgesetzt wird, bei welcher also auch eine Verweigerung der Mitwirkung von Seiten des Gläubigers nicht möglich ist. Dahin gehören allgemein die blos auf eine Unterlassung gerichteten Obligationen; aber auch manche auf ein Thun gerichtete Obligationen. So ist z. B. keine Mitwirkung des Pupillen nöthig, damit der Vormund die ihm obliegende Verbindlichkeit zur Verwaltung des Mündelvermögens erfülle; dasselbe gilt bei manchen anderen auf eine Geschäftsführung gerichteten Obligationen. In den letzteren Fällen ist daher, sofern es sich nur um die Geschäftsführung selbst handelt, eine Mora des Gläubigers überall nicht möglich. Erst dann kann hier eine solche Mora eintreten, wenn die Obligation in ein Stadium tritt, in welchem eine Mitwirkung des Gläubigers nöthig wird, also namentlich, wenn nach beendigter Geschäftsführung die Restitution dessen, worauf sich dieselbe bezog oder was durch dieselbe erworben ist, erfolgen soll. Zwar kann auch in solchen Fällen, wo eine Mitwirkung des Gläubigers behufs der Erfüllung der Obligation nicht nöthig ist, der Gläubiger durch eine positive Handlung die Erfüllung verhindern oder verzögern; z. B. kann der Mandant die Ausführung des von ihm zum Ankaufe einer bestimmten Sache ertheilten Auftrages dadurch hindern oder verzögern, daß er den Eigenthümer der Sache veranlaßt, die Sache überhaupt nicht oder wenigstens zur Zeit nicht verkaufen zu wollen oder daß er ihm den Verkauf unmöglich macht. Eine solche positive Handlung läßt sich aber nicht als bloße Mora bezeichnen, da die Mora eben wesentlich nur in einer Unterlassung besteht. Ebensowenig läßt sich hier von Voraussetzungen der Mora sprechen. Die **zweite** Klasse begreift diejenigen Obligationen, bei welchen die Leistung dergestalt an eine bestimmte Zeit gebunden ist, daß eine Erfüllung zu einer anderen als der bestimmten Zeit ausgeschlossen ist. Derselbe Grund, aus welchem bei diesen Obligationen von einer Mora des Schuldners nicht die Rede sein kann, hindert hier auch den Eintritt einer Mora des Gläubigers, weil jede Nichtannahme den Charakter einer völligen Verhinderung der Leistung an sich trägt. Für diese Fälle reichen die allgemeinen Grundsätze über die casuelle Unmöglichkeit der Leistung aus. Für den Schuldner, welcher alle für die Erfüllung nöthigen Anstalten getroffen hat und nur, weil es an der zur Erfüllung nothwendigen Mitwirkung des Gläubigers gefehlt hat, die Obligation unerfüllt lassen muß, liegt immer eine casuelle Unmöglichkeit der Leistung vor, weshalb eine Befreiung desselben von seiner Verpflichtung anzunehmen ist. Es kann hier nicht darauf ankommen, ob der Gläubiger die Leistung nicht hat annehmen wollen oder nicht hat annehmen können; in beiden Fällen ist die Unmöglichkeit der Leistung für den Schuldner dieselbe und muß ihn daher auch in beiden Fällen von seiner Verbindlichkeit befreien [168]). Ferner kann hier dem Schuldner, damit die

168) Auf die Gründe, aus welchen die zur Erfüllung nöthige Mitwirkung

Unmöglichkeit als eine unverschuldete erscheine, nicht angefordert werden, daß er ein Mehreres gethan habe, als was er nach dem Inhalte der Obligation zu thun hat. Hat er nicht die Verpflichtung, den Gegenstand der Obligation zum Gläubiger hinzubringen, so genügt es, daß er zur Erfüllungszeit zur Erfüllung bereit war; es bedarf in diesem Falle nicht noch überdies der Aufforderung des Gläubigers zur Entgegennahme, wie dies zur Begründung einer Mora erforderlich sein würde.

2) Regelmäßige Begründung der Mora des Gläubigers durch Oblation. Zur Begründung der Mora des Gläubigers bedarf es nach dem Vorhergehenden regelmäßig einer Oblation von Seiten des Schuldners und einer auf dem Willen des Gläubigers beruhenden Nichtannahme. Zunächst ist das erste Erforderniß, die Oblation in Betracht zu ziehen. Die Oblation ist das Anbieten der Erfüllung. Sie bezweckt zunächst die Herbeiführung der Beendigung des obligatorischen Verhältnisses, indem sie den Gläubiger veranlassen soll, seinerseits die zur Erfüllung nöthige Mitwirkung eintreten zu lassen. Unterläßt er dies dennoch, so soll die Oblation an den Tag legen, daß die Verzögerung der Erfüllung allein auf dem Gläubiger beruht. In letzterem besteht die Bedeutung, welche die Oblation für die Begründung der Mora des Gläubigers hat, und eben aus dieser Bedeutung ergiebt sich zugleich, was dazu gehört, damit eine Oblation wirksam sein könne. In dem Folgenden sind zuerst die Erfordernisse der Oblation im allgemeinen zu betrachten und dann auf einzelne Fragen näher einzugehen. Dabei kann vielfach das über die Interpellation Ausgeführte zu Grunde gelegt werden, da die Oblation im wesentlichen zur Begründung der Mora des Gläubigers von derselben Bedeutung ist, wie die Interpellation für die Begründung der Mora des Schuldners. Die doch eintretenden Abweichungen haben ihren Grund in der verschiedenen Stellung der Parteien. Aus der Bedeutung der Oblation folgt, daß eine Oblation, wie sie zur Begründung einer Mora erfordert wird, nicht möglich ist, wenn der Schuldner nicht zur Erfüllung der Obligation wirklich bereit ist. Alle der Erfüllung entgegenstehende Hindernisse, mögen sie nun in der Sache selbst oder in dem Verhältnisse des Schuldners zu dem Gegenstande der Leistung oder auch in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners ihren Grund haben, müssen also beseitigt sein; denn so lange solche Hindernisse der Erfüllung entgegenstehen, läßt sich nicht sagen, daß die Verzögerung der Erfüllung an dem Gläubiger liege. Demzufolge sagt Pomponius in L. 3. §. 4.

---

unterblieben ist, kann nur dann gesehen werden, wenn durch die Verhinderung der Leistung zugleich der Erwerb des Rechtes auf die Gegenleistung gehindert ist und in Frage steht, ob wegen des letzteren Umstandes Entschädigung verlangt werden kann, — also nur bei denjenigen gegenseitigen Obligationen, bei welchen die casuelle Unmöglichkeit der Leistung in ihren Wirkungen der Erfüllung nicht gleichsteht.

D. 19. 1.: Mora autem [emtoris] videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere. Ebenso wird in anderen Stellen [168a]) die Bereitschaft des Schuldners zur Erfüllung als Voraussetzung für die Mora des Gläubigers angeführt. Die bloße Bereitschaft des Schuldners zur Erfüllung ist aber noch keine Oblation; sie kann auch den oben angegebenen Zweck der Oblation nicht erfüllen, indem sie weder den Gläubiger zu einer Thätigkeit von seiner Seite veranlaßt, noch auch ein entschiedenes Zeugniß dafür giebt, daß der Schuldner auch erfüllen will. Mit der Bereitschaft zur Erfüllung muß demnach die Erklärung des Schuldners verbunden sein, daß er jetzt leisten wolle, und darin liegt dann zugleich eine Aufforderung für den Gläubiger, seine Mitwirkung zur Erfüllung eintreten zu lassen. Ohne eine solche Erklärung kann von einem offerre, wie es in den meisten Stellen als nothwendig zur Begründung einer Mora des Gläubigers angeführt wird [169]), nicht die Rede sein [170]). Hiermit sind die Erforderniſſe der Oblation im allgemeinen angegeben. Eine genügende Oblation ist also vorhanden, wenn der Schuldner wirklich zur sofortigen Erfüllung bereit ist und zugleich dem Gläubiger erklärt, daß er jetzt leisten wolle. Diese beiden Erforderniſſe sind jetzt näher zu betrachten. Das zuerst erwähnte Erforderniß, die Bereitschaft zur sofortigen Erfüllung, führt zu der vielfach besprochenen Frage, ob eine Verbaloblation, die wörtliche Erklärung des Schuldners, daß er jetzt leisten wolle, zur Begründung der Mora hinreiche, oder ob eine Realoblation, das unmittelbare thatsächliche Anbieten des Gegenstandes der Obligation, erforderlich sei. Die Frage ist nach demjenigen zu beantworten, was in dem einzelnen Falle zur wirklichen Bereitschaft zur Erfüllung gehört. Dies ist aber in den verschiedenen Fällen verschieden; es sind in dieser

---

168a) Z. B. in L. 39. D. 46. 3.

169) Siehe z. B. L. 7. D. 22. 1. L. 26. D. 24. 3. L. 30. 72. pr. §. 2. 3. D. 46. 3.

170) Dagegen sind auch die oben angeführten L. 3. §. 4. D. 19. 1. und L. 39. D. 46. 3. nicht anzuführen. In der ersten Stelle ist überhaupt keine vollständige Aufzählung der Voraussetzungen der Mora des Gläubigers enthalten. In der zweiten Stelle müssen aber die Worte: parato me solvere, nicht auf den bloßen Zustand der Bereitschaft, sondern auf die Erklärung derselben bezogen werden; so werden auch in vielen anderen Stellen die Worte: paratum esse aliquid facere, für das Erbieten zum Thun gebraucht. Vgl. z. B. L. 24. D. 4. 8. L. 18. §. 5. D. 10. 2. L. 2. D. 16. 2. L. 7. D. 18. 2. Ja sogar in L. 2. §. 1. D. 43. 3., wo das paratum esse satisdare von dem offerre satisdationem unterschieden wird, bezieht sich auch das Erstere nicht auf den bloßen Zustand der Bereitschaft; der Unterschied besteht vielmehr nur darin, daß das Erbieten nicht ohne Aufforderung befolgt zu werden braucht, sondern daß damit gewartet werden kann, bis von Seiten des Gegners das interdictum quod legatorum angestellt ist. Dieser Unterschied ist übrigens nach Ausweis der vorher angeführten Stellen nicht durchgreifend, und kommt, sofern es auf Begründung der Mora des Gläubigers ankommt, selbstverständlich nicht in Betracht.

Beziehung die Fälle zu unterscheiden, wo der Schuldner verpflichtet ist, die von ihm zu leistende Sache dem Gläubiger zu überbringen oder, insofern Dienste in Frage sind, sich zur Leistung dieser Dienste bei dem Gläubiger einzufinden, und diejenigen Fälle, wo eine solche Verpflichtung dem Schuldner nach dem Inhalte der Obligation nicht obliegt[171]). In den letzten Fällen ist eine Realoblation häufig schlechthin unmöglich, z. B. wenn es sich um die Uebergabe eines Grundstückes oder um Ablieferung eines auf eine unbewegliche Sache sich beziehenden opus handelt. Aber auch, wenn dies nicht der Fall ist, ist eine Realoblation von dem Schuldner nicht zu verlangen. Es ist durchaus kein Grund vorhanden, warum der Schuldner durch den Aufschub der Realisirung der Obligation von Seiten des Gläubigers in eine schlechtere Lage kommen sollte. Es muß hinreichen, daß der Schuldner seinen Willen, jetzt zu erfüllen, dem Gläubiger erkläre und daß er zugleich zur Erfüllung der Obligation in der Weise, wie ihm nach dem Inhalte derselben obliegt, bereit sei. Dagegen ist in den Fällen, wo der Schuldner nach dem Inhalte der Obligation verbunden ist, den von ihm zu leistenden Gegenstand dem Gläubiger zu überbringen, eine Realoblation erforderlich. In der That ist der Schuldner in diesen Fällen, wenn der Gegenstand der Obligation nicht zur Hand ist, noch gar nicht zur Erfüllung der Obligation in der dem Inhalte derselben entsprechenden Weise bereit. Das Erforderniß der Realoblation kommt aber nicht blos bei Obligationen auf Sachleistungen vor. Ein solches unmittelbares thatsächliches Anbieten kann auch bei Obligationen auf ein Thun erforderlich sein. Dies gilt nicht blos in Bezug auf die Ablieferung eines Gegenstandes, welcher vom Schuldner der Obligation gemäß gefertigt oder verändert u. s. w. ist und nach dem Inhalte der Obligation dem Gläubiger überbracht werden soll, also, wenn es sich um eine an das Thun sich anschließende Sachleistung handelt, sondern es gilt ebenfalls, wenn der Schuldner, welcher Dienste zu leisten hat, verbunden ist, sich zu diesem Zwecke bei dem Gläubiger persönlich einzufinden. In diesen Fällen genügt nicht eine briefliche Erklärung seiner Bereitwilligkeit zur Leistung; er muß sich vielmehr bei dem Gläubiger persönlich einfinden und zwar so, daß er nun auch die Arbeit beginnen kann, also, wenn er die zur Arbeit erforderlichen Werkzeuge mitbringen soll, mit diesen Werkzeugen ausgerüstet[172]). In allen diesen Fällen liegt derselbe Begriff zu Grunde;

171) S. Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. 1, §. 60. Wolff, Mora §. 33. Mommsen, Mora § 15.

172) Mit Unrecht halten manche Schriftsteller bei den Obligationen auf ein Thun allgemein die Verbaloblation für hinreichend, z. B. Glück, Erl. der Pand. Bd. 4, S. 408. Diese irrige Ansicht ist wohl mit durch den Ausdruck: Realoblation, welcher zunächst von Sachleistungen entlehnt ist, mit veranlaßt worden. Ebenso unrichtig ist die früher sehr verbreitete und noch von Glück a. a. O. aufgestellte Ansicht, daß bei der Leistung von beweglichen Sachen immer eine Realoblation nothwendig sei. Die Entscheidungen der römischen Juristen sprechen meistens nur davon, daß der Schuldner offeriren müsse, ohne die Er-

die eintretende Verschiedenheit erklärt sich aus dem verschiedenen Inhalte der Obligationen, indem es sich danach bestimmt, was zur Bereitschaft zur Erfüllung gehört. Außerdem ist noch zu bemerken, daß der Schuldner, wenn der Gläubiger solches verlangt, im allgemeinen verpflichtet ist, demselben Gelegenheit zu geben, sich von seiner Bereitschaft zur Erfüllung zu überzeugen. Bei der Realoblation kann daher der Gläubiger in der Regel verlangen, daß der Schuldner den Gegenstand vorzeige; in den Fällen der Verbaloblation gilt dasselbe, sowie der Gläubiger an dem Orte, wo erfüllt werden soll, sich einfindet[173]). Die über die Bereitschaft zur Erfüllung aufgestellten Regeln können eine Ausnahme leiden, wenn der Gläubiger dem Schuldner ausdrücklich erklärt, daß er nicht annehmen wolle. Theilt der Schuldner, welcher den zu leistenden Gegenstand dem Gläubiger zu überbringen hat, demselben mit, daß er ihm den Gegenstand nunmehr zusenden wolle, der Gläubiger aber erwiedert, daß er den Gegenstand jedenfalls nicht annehmen werde, so kann von dem Schuldner nicht gefordert werden, daß er nun doch noch eine Realoblation vornehme. Die Möglichkeit, daß der Gläubiger unterdessen seinen Willen geändert haben könne, kann nicht berücksichtigt werden, da der Gläubiger seine ausdrückliche Erklärung, so lange er sie nicht widerrufen hat, gegen sich gelten lassen muß[174]). Der Erklärung

fordernisse einer wirksamen Oblation näher anzugeben. Die Juristen haben aber die verschiedenen Fälle wohl unterschieden; dies ergiebt eine Vergleichung der L. 3. §. 4. D. 19. 1., besonders aber der L. 4. §. 2 fin. D. 18. 6., welche von Fällen sprechen, wo der Gläubiger die Waare abholen muß, und der L. 72. §. 3. fin. D. 46. 3., welche sich auf den Dieb, welcher die gestohlene Sache dem Eigenthümer zurückzubringen verbunden ist, bezieht und zur Wirksamkeit der Oblation die Gegenwart der Sache erfordert. Die neuesten Schriftsteller haben mit Recht die erwähnte Ansicht verlassen und angenommen, daß es von den besonderen Umständen abhänge. Ueber Inconsequenzen, die sich Manche dabei zu Schulden kommen lassen, siehe Mommsen, Mora S. 143, N. 4.

173) A. M. ist Arumaeus, de mora cap. 7. nr. 6. Es versteht sich aber, wie Mommsen a. a. O. S. 144, N. 5 mit Recht bemerkt, ganz von selbst, daß dem Gläubiger, ehe er seine Mitwirkung zur Erfüllung der Obligation eintreten läßt, Gelegenheit gegeben werden muß, sich davon zu überzeugen, daß das, zu dessen Leistung der Schuldner sich erbietet, wirklich dem Inhalte der Obligation entspricht. Es kann daher keine Mora des Gläubigers angenommen werden, wenn der Schuldner das geschuldete Geld dem Gläubiger hinbringt, und auf die Erklärung des Gläubigers, daß er das Geld erst zählen wolle, statt diesem Verlangen zu entsprechen, sich mit dem Gelde wieder entfernt. Allerdings können aber hier nach den im Verkehr herrschenden Ansichten und wegen der besonderen Umstände des einzelnen Falles Modificationen eintreten, z. B. wenn bei der Größe der Geldsumme das Nachzählen längere Zeit erfordern würde, indem man es dann für genügend hält, daß der Schuldner die einzelnen Geldbeutel u. s. w. mit seinem Siegel versieht und so die Verantwortlichkeit für die Richtigkeit des Inhaltes übernimmt.

174) Dieser Ansicht sind Brunnemann ad L. 122. D. de V. O. nr. 3. Teller, de mora creditoris §. 7. Fritz, Erläuter. H. 3, S. 353. Mommsen, Mora S. 144. A. M. ist Koch, Recht der Forderungen Bd. 1, §. 33. — Wenn der Schuldner sich nicht zum Ueberbringen der Sachen erboten hat und der Gläubiger aus diesem Grunde das Eingehen auf das Anerbieten des Schuldners ver=

des Gläubigers, nicht annehmen zu wollen, sind dieselben Wirkungen in Bezug auf das Erforderniß der Bereitschaft zur Erfüllung beizulegen, wie bei der Interpellation der Erklärung des Schuldners, nicht leisten zu wollen, in Bezug auf das Erforderniß der Bereitschaft zur Annahme. Das zweite Erforderniß zur Annahme der Oblation ist die Erklärung des Schuldners, daß er jetzt leisten wolle. Da eine bestimmte Form für diese Erklärung nicht vorgeschrieben ist, so genügt jede Erklärung des Schuldners, welche einen deutlichen Ausdruck seines auf sofortige Erfüllung gerichteten Willens enthält. Es muß daher die Aufforderung an den Gläubiger, die Leistung jetzt entgegenzunehmen, vollständig genügen, da sie den gedachten Willen unzweideutig ausdrückt [175]). Ferner ist es in den Fällen, wo nur eine Verbaloblation nöthig ist, gleichgiltig, ob diese Erklärung mündlich oder brieflich erfolgt ist. Nach Darstellung der für die Oblation geltenden Grundsätze im allgemeinen, ist nun auf das Einzelne einzugehen. Es kommen folgende Momente dabei in Betracht: der Gegenstand der Oblation, der Ort, die Zeit und die Personen. a) Gegenstand der Oblation. Der Gegenstand der Oblation richtet sich nach dem Gegenstande der Obligation. Der Schuldner braucht nicht mehr zu offeriren, als was er wirklich schuldet. Hat er Gegenforderungen, wegen welcher ihm ein Retentionsrecht an dem Gegenstande der Obligation zusteht, so genügt das Erbieten, gegen den Empfang dessen, was er zu fordern hat, zu erfüllen; läßt sich der Betrag der Gegenforderung einfach abziehen, so hat er nur das Geschuldete unter Abrechnung des gedachten Betrages zu offeriren [176]). Daraus ist aber nicht zu folgern, daß bei den wahrhaft gegenseitigen Obligationen, wie namentlich bei dem Kaufe, die Erklärung, gegen Empfang der als Aequivalent für die Leistung bedungenen Gegenleistung leisten zu wollen, eine hinreichende Oblation enthalte, indem es sich nicht so ansehen läßt, als ob der Betrag der Gegenleistung auf den Betrag der Schuld in Abzug komme. Der Schuldner muß hier darauf verzichten, den Gläubiger in Verzug zu versetzen, wenn er den Gegenstand der Obligation, ohne die Gegenleistung empfangen zu haben, nicht aus den Händen geben will [177]). Der Satz, daß der Schuldner nicht mehr zu offeriren braucht, als was er wirklich schuldet, versteht sich von selbst. Die Oblation eines Mehreren ist der Wirksamkeit der Oblation unschädlich. Nur dann, wenn in quantitativer Hinsicht zu viel offerirt ist, kann der Gläubiger fordern, daß das ihm wirklich Geschuldete von dem darüber hinaus Offerirten getrennt werde,

---

weigert, so kann selbstverständlich von einer Mora des Gläubigers nicht die Rede sein. Etwas Anderes läßt sich aus den von Koch angeführten Stellen nicht ableiten.

175) Vgl. L. 4. §. 2. fin. D. 18. 6.: — aut denunciare ei, ut tollat vinum —.

176) Siehe L. 18. §. 1. D. 23. 5.

177) Vgl. L. 39. D. 46. 3.

indem er nicht verbunden sein kann, das Ganze anzunehmen und dadurch hinsichtlich der Aufbewahrung u. s. w. des ihm indebile Geleisteten eine Verantwortlichkeit zu übernehmen. Wichtiger ist die Frage über die der Oblation dann beizulegenden Wirkungen, wenn nicht der ganze Gegenstand der Obligation, sondern nur ein Theil desselben offerirt ist. Die Annahme einer Mora in Bezug auf den ganzen Gegenstand ist hier selbstverständlich nicht möglich; es entsteht aber die Frage, ob in Bezug auf den offerirten Theil eine Mora angenommen werden kann oder ob die Obligation in diesem Falle völlig unwirksam ist. Ist die Befugniß zu einer theilweisen Leistung dem Schuldner durch den Vertrag ausdrücklich eingeräumt, so ist kein Zweifel möglich. So kann z. B. wenn verabredet ist, daß ein opus fußweise abgeliefert werde, die angebotene Ablieferung eines Theiles des Werkes ohne Zweifel eine Mora des Gläubigers hinsichtlich des angebotenen Theiles der Leistung begründen[178]). Ebenso unzweifelhaft ist es andererseits, daß die Oblation eines Theiles völlig unwirksam ist, wenn die Obligation eine solche ist, welche nach ihrer Natur oder nach der Verabredung der Contrahenten nur vollständig erfüllt werden kann. So kann z. B. bei der locatio operis, wenn die Leistung nach der Uebereinkunft der Contrahenten einen streng einheitlichen Charakter hat, die Oblation des halb vollendeten opus gar nicht in Betracht kommen. Ferner kann bei generischen und alternativen Obligationen von einer theilweisen Oblation gar nicht die Rede sein, so lange dieselben nicht durch bindende Vornahme der Wahl auf ein bestimmtes Object fixirt sind[179]). Für die in der Mitte zwischen

---

178) Nicht gehört hierher der Fall, wo zwar scheinbar nur Eine, in der That aber mehrere Obligationen vorliegen und das Offerirte den Gegenstand einer dieser Obligationen ausmacht; in diesem Falle liegt in der That eine Oblation der ganzen Schuld vor. Dasselbe gilt, unter der Voraussetzung, daß die Obligation an sich theilbar ist, wenn der ursprüngliche Schuldner mit Hinterlassung mehrerer Erben gestorben ist und der eine dieser Erben den ganzen Betrag des auf ihn fallenden Theiles der Schuld offerirt; vgl. L. 30. pr. D. 33. 2.; die Obligation ist hier infolge der später eingetretenen Umstände in mehrere Obligationen aufgelöst. — Ein ähnlicher Fall ist der, wenn der Gegenstand der Obligation durch später eingetretene casuelle Ereignisse verringert worden ist. Hier ist selbstverständlich die Obligation dessen, was noch geleistet werden kann, wirksam, obgleich dasselbe nur ein Theil des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation ist; denn das Offerirte bildet den ganzen jetzigen Gegenstand der Obligation.

179) Ist z. B. die Obligation auf Leistung eines Pferdes in genere oder alternativ auf Leistung eines Pferdes oder der Summe von 100 Thalern gerichtet, so ist das Anbieten des Eigenthums an der Hälfte eines Pferdes oder das Anbieten von 50 Thalern kein Anbieten einer theilweisen Erfüllung; denn selbst wenn der Gläubiger zum Eingehen auf ein solches Anerbieten sich verstände, würde doch eine theilweise Befreiung des Schuldners nicht eintreten. Vgl. L. 26. §. 13. 14. D. 12. 6. L. 2. §. 1. L. 85. §. 4. D. 45. 1. Die Verweigerung der Annahme läßt sich daher in diesem Falle nicht als Mora auffassen. Anders verhält es sich natürlich, wenn der Gläubiger in den beispielsweise gedachten Fällen die Hälfte des Pferdes oder die angebotenen 50 Thaler angenommen hat und ihm nun die andere Hälfte desselben Pferdes oder fernere 50 Thaler an-

den angeführten liegenden Fälle ist die Entscheidung sehr schwierig, weil die hier vorzugsweise in Betracht kommenden Stellen (L. 41. §. 1. D. 22. 1. und L. 21. D. 12. 1.) von verschiedenen Ansichten auszugehen scheinen. Während in der zweiten Stelle Julian behauptet, der Prätor habe den Kläger zu nöthigen, den von dem Beklagten ihm angebotenen Theil der Leistung anzunehmen und seine Klage auf den Rest zu beschränken, erklärt die erste Stelle die Zurückweisung der blos theilweise angebotenen Leistung für völlig wirkungslos und läßt nur dann die Folgen der Mora eintreten, wenn der Kläger die ihm angebotene vollständige Erfüllung der Obligation zurückgewiesen hat. Es kann hier auf die angeregte Frage nicht genauer eingegangen werden. Am sichersten aber ist es, mit Mommsen die erste Stelle zu Grunde zu legen und demnach anzunehmen, daß der Gläubiger in der Regel sich eine Theilzahlung nicht gefallen zu lassen braucht. Die Entscheidung der zweiten Stelle ist dann als eine Ausnahme aufzufassen und auf den Fall zu beschränken, wenn ein Rechtsstreit eingeleitet und der unbestrittene Theil der Forderung dem Kläger angeboten ist[180]). Doch kann diese Ausnahme nicht allgemein gelten, namentlich dann nicht, wenn die Leistung des offerirten Theiles für sich kein Interesse für den Gläubiger haben oder ihm gar Nachtheil bringen würde, wie z. B. wenn ein einzelner zu dem geklagten Grundstücke gehöriger Acker offerirt wird, der sich im Augenblicke nicht wohl verpachten läßt und dessen gesonderte Bewirthschaftung mit großen Kosten verknüpft sein würde. Hier ist, wenn es sich nachher ergiebt, daß die Schuld des Beklagten nicht auf den offerirten Acker beschränkt ist, eine Mora des Gläubigers auch in Bezug auf diesen Theil nicht anzunehmen[181]). Hiernach ist die Obla=

geboten werden. Hier ist eine wirksame Oblation vorhanden, da das später Angebotene mit dem früher Geleisteten zusammen den ganzen Gegenstand der Obligation ausmacht. L. 9. §. 1. D. 46. 3.

180) S. Mommsen, Mora S. 148 flg. Dagegen legen Madai S. 238 und Wolff S. 427 die L. 21. D. 12. 1. in der Weise aus, daß der Prätor durch gütliches Zureden den Kläger zur Annahme der Theilzahlung bewegen soll. Dadurch ist zwar jede Schwierigkeit beseitigt; allein das Wort: compulerit paßt an sich schon schlecht zu dieser Auslegung; völlig verwerflich ist dieselbe aber deshalb, weil das „compulerit“ den Gegensatz bildet gegen das Vorhergehende: neque ... cogendum.

181) Die meisten älteren und neueren Rechtslehrer sind gleichfalls der Ansicht, daß der Gläubiger nach römischem Rechte keine Theilzahlung anzunehmen brauche. Neuere Schriftsteller dafür führt an Mommsen, Mora S. 149, N. 14. A. M. ist Savigny, Obligationenrecht Bd. 1, S. 322 flg., welcher in L. 41. §. 1. D. 22. 1. lediglich den Satz ausgesprochen findet, daß der Zinsenlauf für das ganze Kapital, unvermindert durch die theilweise Rückzahlung, fortdauern soll. Dagegen bemerkt Mommsen mit Recht, daß die angeführte Stelle nur von den Wirkungen handelt, welche die Zurückweisung der angebotenen Theilzahlung hat; auch kann es ohne ein ausdrückliches Zeugniß nicht angenommen werden, daß die römischen Juristen dem Gläubiger, welcher die Theilzahlung angenommen hat, ein Recht auf die Zinsen des von ihm angenommenen Geldes bis zu der vielleicht weit später eintretenden Zahlung des Restes gegeben haben.

tion eines Theiles des Gegenstandes der Obligation regelmäßig wirkungslos, sofern nicht das Recht der theilweisen Leistung dem Schuldner durch Vertrag verstattet ist. b) Ort der Oblation. Die Leistung ist in der Weise anzubieten, wie es nach dem Inhalte der Obligation geschehen muß. Ist ein bestimmter Erfüllungsort verabredet, so muß auch die Leistung dort angeboten werden. Eine an einem anderen Orte angebotene Leistung würde eben nicht die bedungene sein und aus diesem Grunde kann die Ablehnung der Annahme in einem solchen Falle dem Gläubiger nicht als Mora zugerechnet werden[182]. In Ermangelung einer ausdrücklichen Vereinbarung über den Erfüllungsort, muß die Oblation da erfolgen, wo der Schuldner nach den gesetzlichen Regeln zu erfüllen hat. Demgemäß heißt es in einer Coderstelle[183]: Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur solutio, fuerit celebrata[184]). Dasselbe wird in einer Digestenstelle anerkannt[185]). Die aufgestellte Regel hat aber nur Beziehung auf die Bereitschaft zur Erfüllung, nicht unmittelbar auf die Erklärung des Schuldners, daß er

— Uebrigens kann für die im Texte angenommene Ansicht nicht, wie dies Wolff, Mora S. 427 thut, die L. 4. §. 6. D. 40. 7. angeführt werden, wo es heißt: Item si decem heredi dare iussus fuerit, heres etiam per partes accipere favore libertatis cogendus est. Diese Stelle scheint zwar auf den ersten Blick sehr entschieden für die Regel zu sprechen, daß der Gläubiger eine theilweise Zahlung nicht anzunehmen braucht, indem die entgegengesetzte Entscheidung in dem in der L. 4. §. 6. cit. angeführten Falle als eine zu Gunsten der Freiheit zugelassene Ausnahme angesehen wird. So versteht die Stelle auch Wolff a. a. O. In der That bezieht sich aber, wie Mommsen ganz richtig bemerkt, die angeführte Stelle gar nicht auf die vorliegende Frage. Diese Stelle handelt nämlich nicht von der Erfüllung einer Obligation, sondern von einer den Inhalt einer Bedingung bildenden Leistung. Hier konnte schon deshalb eine Theilzahlung nicht in Betrachtung kommen, weil die Bedingung nur dann als erfüllt angesehen werden kann, wenn sie ganz erfüllt ist und weil diesem zufolge auch die Fiction der Erfüllung nur anwendbar ist, wenn ohne die Verhinderung die Bedingung ganz erfüllt wäre. Siehe Savigny, Obligationenrecht Bd. 1, S. 326 flg. Darauf bezieht sich die in der angeführten Stelle erwähnte Ausnahme, welche demnach mit der vorliegenden Frage in keiner Verbindung steht.

182) L. 2. §. 7. D. 13. 4.

183) L. 9. C. de solut. (VIII. 42. (43.))

184) Anscheinend stimmt es nicht ganz mit einander überein, daß in den abgedruckten Worten der L. 9. C. cit. zuerst von einer oblatio, dann von einer solutio die Rede ist. Dadurch aber, daß man das Wort solutio mit dem vorhergehenden debetur verbindet und nach dem ersteren interpungirt, statt dies, wie es in vielen Ausgaben der Fall ist, nach dem letzteren zu thun, wird jeder Widerspruch gehoben. Uebrigens steht fest, daß die Stelle sich nur auf die Oblation beziehen läßt, weil eine an einem anderen als dem Erfüllungsorte vorgenommene Solution, welche der Gläubiger annimmt, allerdings den Schuldner befreit, da in der Annahme von Seiten des Gläubigers ein Verzicht auf den Erfüllungsort liegt. L. 2. §. 7. D. 13. 4.

185) L. 122. pr. D. 45. 1. Eine Mora des Gläubigers wird hier hauptsächlich aus dem Grunde nicht angenommen, weil die Leistung nicht an dem durch den Vertrag bestimmten Erfüllungsorte angeboten war. Die L. 4. §. 1. D. 13. 4. bezieht sich nicht auf die Begründung einer Mora des Gläubigers und läßt sich daher nicht zur Widerlegung der oben aufgestellten Ansicht benutzen.

jetzt leisten wolle. Wo eine Realoblation gefordert werden kann, fällt allerdings Beides zusammen. In den Fällen dagegen, wo nur eine Verbaloblation nöthig ist, kann, insofern der Schuldner an dem Erfüllungsorte zur Erfüllung bereit ist, nicht gefordert werden, daß er auch an demselben Orte seine Erklärung, daß er leisten wolle, an den Gläubiger richte; er kann sie vielmehr an den Gläubiger an dessen jedesmaligem Aufenthaltsorte richten. Ferner wird unter Umständen der Eintritt der Mora nicht gehindert, auch wenn der Schuldner nicht bereit war, an dem Erfüllungsorte zu leisten. Das gilt zunächst, wenn der Ort der Oblation dem Gläubiger günstiger ist. Dann kann auch die ausdrückliche Erklärung des Gläubigers, nicht annehmen zu wollen, eine Ausnahme begründen. Der Ort der Oblation ist ebenso wie dies in Ansehung des Ortes der Interpellation der Fall ist, noch in einer anderen Weise in Betracht zu ziehen, indem die Oblation nach L. 39. D. 46. 3. opportuno loco erfolgen soll. Dieses letztere Erforderniß hat in den Fällen, wo eine Verbaloblation genügt, nur die Bedeutung, daß der Mangel desselben den Eintritt der Mora hinausschiebt. Wichtiger hingegen ist dasselbe für die Fälle, wo eine Realoblation nothwendig ist. Die Oblation ist hier ohne Wirkung, wenn sie an einem Orte geschehen ist, wo dem Gläubiger die Annahme der Leistung besonders unbequem war, sollte sie auch an diesem Orte nicht geradezu unmöglich gewesen sein. Die ausdrückliche Erklärung, daß er überhaupt, auch ohne Rücksicht auf die Ungelegenheit des Ortes, nicht annehmen wolle, kann auch hier eine Ausnahme begründen. c) Zeit der Oblation. Die Oblation setzt die wirkliche Bereitschaft des Schuldners zur Erfüllung voraus. Deshalb kann auch eine Oblation nicht stattfinden, so lange die Erfüllung der Obligation noch nicht thunlich ist. Daraus gehen für einige Klassen von Obligationen, nämlich für die alternativen und generischen sowie für die bedingten Obligationen, Beschränkungen hervor, welche hier zunächst zu betrachten sind. Bei den alternativen und generischen Obligationen ist, wenn die Wahl dem Schuldner zusteht, die Sache ohne Schwierigkeit; der Schuldner hat es hier in seiner Macht, die zur näheren Feststellung des Gegenstandes der Obligation nöthige Handlung vorzunehmen und sodann die Oblation zu beschaffen. Hat dagegen der Gläubiger die Wahl, so kann eine bloße Thätigkeit des Schuldners die Möglichkeit einer Oblation der Leistung nicht herbeiführen; die Leistung kann hier so lange nicht offerirt werden, als der Gläubiger noch keine Wahl getroffen hat. Hier kann nur eine Aufforderung zur Wahl eintreten, durch deren Nichtbeachtung der Gläubiger in Bezug auf die Ausübung des Wahlrechtes in Verzug versetzt werden würde. Die Annahme einer solchen Mora würde aber nicht hinreichen, um den Schuldner gegen die Nachtheile der Verzögerung sicher zu stellen, indem der Schuldner durch die Mora des Gläubigers nicht von seiner Verpflichtung entbunden wird, mithin dadurch nicht berechtigt würde, über die Gegenstände, unter welchen der Gläubiger zu wählen befugt ist, frei zu

verfügen und dadurch das Wahlrecht des Gläubigers zu schmälern. Zur Sicherstellung gegen diese Folgen hat der Schuldner das Recht, durch das Gericht dem Gläubiger eine Frist zur Ausübung des Wahlrechtes setzen zu lassen, deren Nichtbeachtung für den Gläubiger den völligen Verlust der aus der Obligation ihm zustehenden Rechte zur Folge hat[186]). In dieser Bestimmung ist nicht die Einführung eines Surrogates für die Oblation, welche in dem gedachten Falle nicht thunlich ist, sondern die Einführung eines Surrogates für die Mora zu erblicken[187]). Bei den bedingten Obligationen, zu welchen auch diejenigen imperfecten Geschäfte zu rechnen sind, welche man gewöhnlich nicht geradezu als bedingte Geschäfte bezeichnet, kann eine wirksame Oblation vor Erfüllung der Bedingung nicht geschehen, weil vor der Entstehung der Obligation eine Erfüllung derselben undenkbar ist[188]). Dies gilt in seiner ganzen Strenge, wenn die Perfection der Obligation ausschließlich von einer Handlung oder Unterlassung des Schuldners und ebenso, wenn sie von einem zufälligen Umstande abhängt[189]). Eine Ausnahme tritt ein, wenn die Perfection von einer Handlung oder Mitwirkung des Gläubigers abhängt, welche nicht in einer eine Wahl voraussetzenden Entschließung des Gläubigers besteht, deren Erforderniß also auch nicht den Sinn hat, daß es dem Gläubiger freistehen soll, durch Versagung der Handlung oder Mitwirkung vom Vertrage zurückzutreten. Hier kann der Schuldner dadurch, daß er den Gläubiger zur Vornahme der Handlung oder zur Mitwirkung auffordert, denselben in Ansehung dieser Handlung in Verzug versetzen[190]). In diesem Falle kann der Schuldner den Gläubiger sogar in Bezug auf die Obligation selbst in Verzug versetzen, wenn er ihn zur Vornahme der Handlung, bezüglich zur Mitwirkung, und dann zugleich zur Empfangnahme des Gegenstandes der

186) Nur insofern findet eine Ausnahme statt, als der Gläubiger die Klage auch noch nach dem Ablaufe der Frist hat, wenn noch vollständig res integra ist, insbesondre also der Schuldner keine Verfügungen über die Gegenstände, auf welche die Obligation sich bezieht, getroffen hat. — Diese Bestimmungen finden sich für die optio legata in L. 6. 7. 8. pr. D. 33. 5.; sie sind aber ohne Bedenken auch auf andere alternative und generische Obligationen auszudehnen.

187) Wäre die gerichtliche Aufforderung nur ein Surrogat der Oblation, so würden einestheils nur die Folgen der Mora eintreten können; anderntheils müßte dann dem Gläubiger der Beweis nachgelassen werden, daß er der Aufforderung nicht habe Folge leisten können. In beiden Beziehungen verhält es sich aber anders; die Frist muß dagegen in der Weise bestimmt werden, daß ein gegründeter Einwand der letzteren Art nicht leicht gestellt werden kann: bei wirklich stattgefundener Verhinderung des Gläubigers bedarf es immer der Restitution.

188) Vgl. L. 38. §. 16. D. 45. 1.: ... qui promisit, si aliquid factum sit, vel cum aliquid factum sit: nisi, cum id factum fuerit, dederit, non videbitur fecisse, quod promisit.

189) Jedoch können hier, namentlich bei gegenseitigen Obligationen, die Bestimmungen über die fingirte Erfüllung der Bedingungen von Einfluß sein. S. L. 50. D. 18. 1.

190) L. 2. C. IV. 48. L. 5. D. 18. 6.

Obligation auffordert. So wird z. B. wenn die Perfection des Kaufes von einem Messen abhängt, eine wirksame Oblation angenommen, wenn der Schuldner zur Vornahme der Zumessung bereit ist und den Gläubiger auffordert, den Gegenstand der Obligation sich zumessen zu lassen. Der Schuldner kann, wenn der Gläubiger der Aufforderung keine Folge leistet, die Handlung des Messens ohne den Gläubiger vornehmen und die Oblation wird dann auf den in dieser Art festgestellten Gegenstand bezogen [191]). Dasselbe gilt, wenn es sich nicht blos um ein Beisein des Gläubigers behufs der Beaufsichtigung der zur Perfection der Obligation nöthigen Thätigkeit handelt, sondern wenn die Perfection durch eine Handlung des Gläubigers selbst herbeigeführt werden soll, welche den oben erwähnten Charakter hat, z. B. wenn dem Käufer bei dem Kaufe ad mensuram die Befugniß ertheilt ist, die Messung selbst vorzunehmen. Hängt die Perfection der Obligation von einer eine Wahl voraussetzenden Entschließung des Gläubigers ab, wie z. B. bei dem Kaufe ad gustum, so genügt eine gewöhnliche Aufforderung nicht [192]). Doch wird hier, wie in dem oben erwähnten Falle, wenigstens unter Umständen eine gerichtliche Aufforderung an den Gläubiger zugelassen werden müssen, deren Nichtbeachtung bewirken würde, daß der Gläubiger sein Recht aus dem Contracte verliert; ist der Contract ein gegenseitiger, so fällt in diesem Falle der ganze Contract weg. Sieht man von den bisher erwähnten Fällen ab, so entsteht die Frage, ob der Schuldner, wenn er wirklich zur Erfüllung bereit ist, auch immer sofort offeriren kann. Diese Frage ist zu bejahen, sofern die Obligation vollständig begründet und keine Zeitbestimmung hinzugefügt ist. So kann unzweifelhaft der Schuldner in den Fällen, wo ihm wegen der Natur der Leistung eine gewisse Zeit zur Erfüllung verstattet wird, vor Ablauf dieser Zeit wirksam offeriren, wenn er vermöge besonderer Umstände die Leistung früher beschaffen kann [193]). Dasselbe muß sogar bei den betagten Obligationen als Regel gelten. Die Festsetzung einer bestimmten Erfüllungszeit hat zunächst und zuvörderst die Bedeutung, daß eine Klage auf Erfüllung der Obligation gegen den Schuldner vor dem Eintritte dieser Zeit nicht statthaft ist; zugleich hat sie für den Gläubiger, wenigstens nach heutigem Rechte, regelmäßig die Bedeutung, daß er erwarten kann, jedenfalls bis zu dem bestimmten Tage den Gegenstand der Obligation zu erhalten. Dieser

---

191) L. 1. §. 3. D. 18. 6. — Hier ist freilich vorausgesetzt, daß eine Verbaloblation hinreicht; ist eine Realoblation nothwendig, so kann das versäumte Erscheinen des Gläubigers den Schuldner nur berechtigen, die zur Perfection nöthige Handlung ohne Beisein des Gläubigers vorzunehmen und dann den Gegenstand realiter zu offeriren.

192) Der Schuldner selbst kann hier die Wahl für den Gläubiger nicht vornehmen, möge dies nun eine Wahl zwischen verschiedenen Gegenständen sein oder möge die Wahl, wie bei der emtio ad gustum, sich darauf beziehen, ob der Contract zu Stande kommen soll oder nicht. Vgl. auch L. 1. pr. D. 18. 6.

193) In diesem Falle kann auch sogleich geklagt werden; vergl. L. 137. §. 2. fin. D. 45. 1.

Bedeutung entspricht es nicht nur, daß die Obligation früher erfüllt werden kann[194]), sondern auch, daß der Gläubiger gegen eine frühere Erfüllung regelmäßig keine Einwendungen machen kann[195]). Dabei ist jedoch vorausgesetzt, daß die Bestimmung des dies sich auf die Leistung des Schuldners, nicht auf die Annahme von Seiten des Gläubigers bezieht; auch kann nur im ersten Falle die Obligation als eine betagte bezeichnet werden. Der auf die Annahme sich beziehende dies ist für den Gläubiger von derselben Bedeutung, wie der für die Leistung bestimmte dies für den Schuldner. Hat daher der Gläubiger nach der Verabredung bis zu einer gewissen Zeit die Waare abzuholen, so ist der Gläubiger zwar berechtigt, die Waare früher abzuholen, weil die gedachte Zeitbestimmung die Fälligkeit der Obligation nicht aufschiebt; es kann aber nicht verlangt werden, daß er die Leistung früher annehme[196]). Aber auch in dem Falle, wenn die Bestimmung des dies sich auf die Leistung bezieht, darf der Gläubiger unter Umständen die Annahme vor der Erfüllungszeit verweigern, ohne daß ihm eine Mora deshalb zur Last fällt. Er braucht nämlich die frühere Erfüllung dann sich nicht gefallen zu lassen, wenn infolge derselben ihm Vortheile entgehen würden, auf welche er nach der Obligation ein Recht hat. So z. B. brauchte der Gläubiger ein bis zu einem bestimmten Termine auf Zinsen verliehenes Kapital nicht vor dem Termine mit den bis zur Zeit der Oblation fälligen Zinsen anzunehmen: er muß nur dann die frühere Erfüllung sich gefallen lassen, wenn ihm zugleich alle Zinsen bis zum bestimmten Termine offerirt werden[197]). In dem Bisherigen ist die

---

194) L. 38. §. 16. L. 137. §. 2. D. 45. 1. L. 70. 98. §. 4. D. 46. 3.

195) Diese Ansicht haben die neueren Schriftsteller über die Mora mit Einschluß von Mommsen; auch Madai, Mora §. 39, dessen Gründe jedoch mit den für die Regel: dies interpellat pro homine, von ihm angeführten Gründen nicht wohl zusammenstimmen. Manche ältere Schriftsteller sind anderer Meinung, namentlich Cuiacius, Comm. ad L. 38. §. 16. D. de V. O. und Observ. Lib. XXIII. cap. 23. Die von ihm dafür angeführten Stellen (L. 39. D. 46. 3. L. 18. pr. D. 13. 5. L. 3. §. 14. D. 40. 7.) sind aber nicht geeignet, die im Texte aufgestellte Behauptung zu widerlegen. Nach den Worten der L. 39. D. 46. 3. ist allerdings anzunehmen, daß eine zu früh erfolgte Oblation nicht unbedingt wirksam ist; es folgt aber nicht aus dieser Stelle, daß jede ante diem erfolgte Oblation als eine zu frühe angesehen werden müsse, da die Stelle keine nähere Erklärung der Worte „inopportuno tempore“ enthält. Von den beiden anderen Stellen wird später die Rede sein.

196) Selbstverständlich bezieht sich das Obige nicht auf die Fälle, wo die Leistung nur zu einer ganz bestimmten Zeit, weder früher noch später, erfolgen kann. In diesen Fällen ist eine frühere Oblation geradezu unmöglich, weil die früher erfolgte Leistung eine andere als die bedungene sein würde; überdies kann in diesen Fällen auch von einer Mora des Gläubigers nicht die Rede sein (vgl. oben B. unter 1.).

197) Eben deshalb hätte auch der Gläubiger in dem Falle der L. 122. pr. D. 45. 1. die Annahme, auch abgesehen davon, daß die Oblation nicht am rechten Orte erfolgte, ablehnen können, weil der Schuldner, welcher zugleich vor der Zeit der Fälligkeit offerirte, die für die spätere Zeit von ihm gezahlten Zinsen abziehen

eine Beziehung, in welcher die Zeit der Oblation in Betracht kommt, angegeben. Außerdem wird noch verlangt, daß die Oblation nicht inopportuno tempore erfolge[198]). Dieser Ausdruck kann allerdings auch die eben erwähnten Fälle einer zu frühen Oblation begreifen, bezieht sich aber doch vorzugsweise auf die Unpaßlichkeit, Unbequemlichkeit im eigentlichen Sinne. Hinsichtlich der Frage, wenn eine solche Unpaßlichkeit der Zeit anzunehmen ist, kann auf die Lehre von der Interpellation verwiesen werden (vgl. oben A. 4. lit. d.). Hinsichtlich der Wirkungen der Wahl einer unpassenden Zeit gilt dasselbe, wie in Ansehung der Unpaßlichkeit des Ortes. d) Personen bei der Oblation. aa) Wer kann wirksam offeriren? Zunächst kann der Schuldner selbst wirksam offeriren; die Oblation durch ihn gilt überhaupt als Regel. Eine Ausnahme tritt ein, wenn der Schuldner nicht handlungsfähig ist, weil die Oblation die Bereitschaft zur Erfüllung und somit auch die Möglichkeit der Erfüllung voraussetzt, der Handlungsunfähige aber nicht im Stande ist, selbst eine Obligation zu erfüllen[199]). In diesem Falle muß die Oblation von dem gesetzlichen Vertreter des Handlungsunfähigen ausgehen. Ferner kann ohne Zweifel der Schuldner durch einen Procurator offeriren[200]); man muß aber hier noch weiter gehen und die Oblation selbst dann für wirksam erklären, wenn sie durch eine dritte, nicht mit der Erfüllung vom Schuldner beauftragte Person geschieht. Dies folgt nothwendig aus dem Satze, daß eine solche Person wirksam erfüllen kann[201]). In der That liegt es auch in diesem Falle,

---

wollte. Nach den aufgestellten Grundsätzen hätte ferner der Erbe in dem in L. 3. §. 14. D. 40. 7. dargestellten Falle die frühere Zahlung nicht anzunehmen gebraucht, da die Folge der früheren Zahlung der frühere Eintritt der Freiheit des statuliber sein sollte; dies hätte hier umsomehr angenommen werden müssen, als die Stelle nicht die Erfüllung einer Obligation, sondern die Erfüllung einer Bedingung betrifft. Aus der angeführten Stelle ergiebt sich aber, daß in der angegebenen Beziehung zu Gunsten der Freiheit eine Ausnahme gemacht ist. Es liegt hiernach der in der angezogenen Stelle enthaltenen Ausnahme keineswegs die Regel zu Grunde, daß ante diem nicht wirksam offerirt werden könne; die Stelle kann also auch nicht zum Beweise einer solchen Regel dienen.

198) L. 39. D. 46. 3.

199) L. 14. §. 8. D. 46. 3.

200) So kann z. B. ohne Zweifel der Bürge wirksam offeriren; auch kommt eine Oblation des Bürgen in mehreren Stellen vor; vgl. L. 56. §. 1. D. 17. 1. L. 64. D. 46. 1., welche sich freilich auf Fälle beziehen, in welchen aus einem anderen Grunde keine Mora des Gläubigers eintreten konnte. Bedenken gegen diese Annahme kann nur L. 88. D. 45. 1. erregen, indem dort ungeachtet der Oblation des Bürgen von einer Mora des Hauptschuldners die Rede ist. Es muß aber vorausgesetzt werden, daß der Bürge zuerst offerirt und daß später der Gläubiger durch eine Interpellation des Schuldners seine Mora purgirt hat.

201) Pr. Inst. III. 29. L. 53. D. 46. 3. L. 39. D. 3. 5. Dagegen hält Donellus, Comm. iur. civ. Lib. XVI. cap. 13. die durch einen Dritten vorgenommene Oblation für unwirksam, weil durch eine freie, nicht in der Gewalt befindliche Person kein Recht erworben werden könne. Dieser Grund, wenn er hier überhaupt in Betracht kommen könnte, würde aber eben so sehr gegen die

wenn der Gläubiger die ihm angebotene Zahlung nicht annimmt, klar vor, daß die Verzögerung der Erfüllung der Obligation allein ihm zur Last fällt. Der eben aufgestellte Satz ist in folgender Weise näher zu bestimmen. Zunächst muß selbstverständlich die angebotene Leistung auch wirklich identisch mit der vom Schuldner geschuldeten Leistung sein. Eben deshalb genügt, wenn eine persönliche Leistung des Schuldners Gegenstand der Obligation ist, das Anerbieten eines Dritten, die Leistung vorzunehmen, nicht, wie auch in diesem Falle ein Dritter die Obligation nicht erfüllen kann[202]). Ferner muß der Dritte auch wirklich bereit sein, die Leistung selbst und in der durch die Obligation vorgeschriebenen Weise zu erfüllen. Eine Verbaloblation, welche die Aufforderung enthält, daß der Gläubiger den Gegenstand der Obligation bei dem Schuldner abhole, ist ohne Auftrag des Schuldners unwirksam. Ebensowenig genügt in den Fällen, wo der Gläubiger den Gegenstand der Obligation vom Schuldner abzuholen hat, die Aufforderung eines Dritten, den Gegenstand bei ihm in Empfang zu nehmen, wenn der Dritte an einem anderen Orte wohnt. Endlich muß die Leistung als Erfüllung der bestimmten Obligation, welche in Frage steht, angeboten sein, weil sonst die Ablehnung der Annahme keine Mora in Bezug auf diese Obligation zur Folge haben könnte. Die Obligation erhält aber ihre Individualität durch die in derselben stehenden Personen, und eben deswegen muß die Leistung im Namen des Schuldners offerirt werden, während allerdings nichts darauf ankommt, ob der Schuldner einen Auftrag ertheilt hat oder nicht[203]). bb) Wem kann wirksam offerirt werden? Der Zweck und die Bedeutung der Oblation bringt es mit sich, daß dieselbe, um wirksam zu sein, regelmäßig an den Gläubiger erfolgen muß. Nur dann, wenn er wegen mangelnder Handlungsfähigkeit die Zahlung selbst nicht giltig annehmen kann, tritt eine Ausnahme ein, indem in diesen Fällen dem gesetzlichen Vertreter des handlungsunfähigen Gläubigers offerirt werden muß. Zweifelhafter ist es, ob einem Bevollmächtigten des Gläubigers wirksam offerirt werden kann. Nach der Ansicht Einiger soll die Oblation nur einem Universalprocurator gegenüber wirksam sein; nach der Meinung Anderer ist die Oblation auch dann wirksam, wenn die geschuldete Leistung einem nur speciell zur Empfangnahme dieser bestimmten Leistung Bevollmächtigten angeboten ist. Es wird dies später noch näher erörtert werden. — Willkürliche Nichtannahme. Die Oblation kann nur dann eine Mora

---

Wirksamkeit der von einem Dritten vorgenommenen Erfüllung, als gegen die Wirksamkeit der Oblation gelten.

202) L. 31. D. 46. 3.

203) L. 72. §. 2. D. 46. 3.: ... quolibet nomine eius [debitoris] servum offerente ... Aus dem Eingange der Stelle ergiebt sich, daß keine Kenntniß des Schuldners vorausgesetzt wird. Ebenso wird es anerkannt, daß die Erfüllung durch einen Dritten den Schuldner nur dann befreit, wenn sie in seinem Namen erfolgt ist. L. 17. 23. D. 46. 3.

des Gläubigers begründen, wenn zu derselben eine Nichtannahme von Seiten des Gläubigers hinzutritt. Diese kann durch eine ausdrückliche Erklärung oder stillschweigend erfolgen; letzteres, wenn der Gläubiger nur es unterläßt, die von seiner Seite zur Erfüllung der Obligation nothwendige Wirkung eintreten zu lassen. Unbestritten ist, daß das Letztere genügt. Dagegen ist es sehr zweifelhaft, ob jede Nichtannahme einer gehörig angebotenen Leistung eine Mora begründet oder ob noch ein subjectives Moment hinzukommen muß. Nach dem früher Bemerkten begründet die Nichtannahme der angebotenen Leistung nur dann eine Mora des Gläubigers, wenn sie in dem Willen desselben begründet ist. Demnach ist eine Mora nicht anzunehmen, wenn der Gläubiger durch einen casus verhindert ist, nicht nur die Leistung persönlich anzunehmen, sondern zugleich auch einen Vertreter behufs der Annahme der Leistung zu bestellen. Dem Gläubiger liegt aber in diesem Falle der Beweis des der Annahme entgegenstehenden Hindernisses ob. Ferner kann in den Fällen der Verbaloblation die Mora des Gläubigers nicht sofort ihren Anfang nehmen, wenn die Annahme gewisse vom Gläubiger zu treffende Anstalten voraussetzt, welche, ohne daß dem Gläubiger eine Nachlässigkeit zur Last fällt, zur Zeit der Oblation noch nicht getroffen sind und nicht sofort getroffen werden können. Der Satz, daß die nicht in dem Willen des Gläubigers beruhende Nichtannahme der Leistung keine Mora begründe, findet sich in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt. In vielen Stellen, welche von der Mora des Gläubigers handeln, werden jedoch zur Bezeichnung derselben die Ausdrücke gebraucht: si accipere noluit[204]) oder: si accipere recusavit[205]). Ferner wird die Mora des Gläubigers mit der Mora des Schuldners zusammengestellt und ebenso wie diese als frustratio bezeichnet[206]), ein Ausdruck, welcher aber recht eigentlich für die willkürliche Verzögerung gebraucht wird. Endlich ließen sich diejenigen Folgen der Mora des Gläubigers, welche darauf beruhen, daß das vollkommene obligatorische Band durch dieselbe gelöst wird, nämlich die Befreiung des Schuldners von seiner Haftung für culpa levis und die freilich beschränkte Befugniß des Schuldners, den Gegenstand der Obligation preiszugeben, nicht erklären, wenn man den Eintritt der Mora auch in denjenigen Fällen annähme, wo der Gläubiger die Leistung zwar annehmen wollte, aber durch persönliche Hindernisse an der Annahme der Leistung oder an der Bestellung eines Vertreters zur Entgegennahme derselben verhindert wurde. Die aufgestellte Ansicht wird jedoch nicht allgemein angenommen. Die älteren Schriftsteller über die Mora gehen auf die vorliegende Frage nicht ein. Die Neueren halten entweder eine Verschuldung des Gläubigers zur Begründung der Mora für nothwendig oder sie halten

204) L. 7. D. 22. 1. L. 26. D. 24. 3. L. 73. §. 2. D. 45. 1. L. 30. 39. 72. pr. §. 2. 3. D. 46. 3.

205) L. 72. pr. D. 46. 3. Nov. 91. cap. 2.

206) L. 37. D. 17. 1.

jede Nichtannahme der angebotenen Leistung für hinreichend, so daß nicht einmal die Entschuldigung des Gläubigers, daß er nicht habe annehmen können, Berücksichtigung findet. Diejenigen, welche in der Mora des Gläubigers eine Verschuldung finden, können consequenter Weise die willkürliche Nichtannahme nicht für hinreichend halten. Sie müssen die dem Schuldner eingeräumten Entschuldigungsgründe auf den Gläubiger ausdehnen, also namentlich auch dann das Dasein einer Mora leugnen, wenn der Gläubiger nichts von der Schuld gewußt und nicht etwa in einem entschuldbaren Irrthume in dieser Hinsicht sich befunden hat[207]). Diese Ansicht beruht darauf, daß es ein Recht des Schuldners gebe, welches durch die Verweigerung der Annahme verletzt wird. Es giebt aber nach dem früher Bemerkten kein solches Recht des Schuldners. Auch enthalten die Quellen keine Andeutung, daß zur Begründung der Mora des Gläubigers mehr nöthig sei, als das Nichtannehmen wollen. Insonderheit kann dafür nicht L. 72. pr. D. 46. 3. angeführt werden, wo als Voraussetzung der Mora des Gläubigers erwähnt wird, daß er „sine iusta causa" die Annahme verweigert habe. Diese Worte drücken nämlich ohne Zweifel nichts weiter aus, als daß die Verweigerung der Annahme nur dann eine Mora begründen könne, wenn sie nicht durch die mangelhafte Beschaffenheit der Oblation begründet und gerechtfertigt werde[208]). Die zweite Ansicht, nach welcher jede, nicht blos die willkürliche Nichtannahme der gehörig angebotenen Leistung eine Mora begründen soll, beruht hauptsächlich auf zwei Stellen, nämlich L. 3. §. 4. D. 19. 1. und L. 18. pr. D. 13. 5. In der ersten Stelle sagt Pomponius: Mora autem [emtoris] videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere. Diese Worte würden nur dann für die erwähnte Ansicht sprechen, wenn sich annehmen ließe, daß der Jurist durch dieselben die Voraussetzungen der Mora erschöpfend hätte bezeichnen wollen. Es läßt sich dies aber schon deshalb nicht annehmen, weil in der Stelle von einer Zurückweisung der Leistung von Seiten des Gläubigers nicht die Rede ist. Man muß demnach eine Ergänzung vor-

207) Dies nimmt auch Madai S. 258 flg. an, während Wolff S. 435 flg. den Irrthum des Gläubigers nur bei gegenseitigen Obligationen berücksichtigt wissen will.

208) Siehe auch L. 39. D. 46. 3. In dieser Stelle, welche von einer bestimmten Folge der Mora des Gläubigers (dem Uebergange der Gefahr auf denselben) handelt, wird gesagt, daß diese Folge nicht immer eintrete, wenn der Gläubiger aus irgend einem Grunde nicht habe annehmen wollen. Die diesen Satz erläuternden Beispiele beziehen sich nur auf Fälle einer mangelhaften Oblation. Etwas anders als mit der L. 72. pr. D. 46. 3. verhält es sich mit der L. 17. D. 13. 5.; auf eine Verschuldung des Gläubigers oder auf einen Irrthum desselben hinsichtlich der Forderung läßt sie sich aber nicht beziehen. Die gedachte Stelle betrifft überdies nur die Frage, ob durch die Oblation der Gläubiger das Recht zur Anstellung der actio pecuniae constitutae verliert; der Verlust dieser Klage läßt sich aber, wie später sich zeigen wird, nicht als eine Folge der Mora des Gläubigers betrachten.

nehmen und dabei nach allgemein anerkannten Auslegungsregeln das zu Grunde legen, was sich aus den übrigen Stellen über die Mora des Gläubigers ergiebt. Schwieriger ist die zweite Stelle; doch kann auch sie die Ansicht, für welche sie angeführt wird, nicht begründen. Im prätorischen Edicte war die Klage aus dem Constitutum an die Bedingung geknüpft, daß die Nichterfüllung des Constitutum nicht am Kläger gelegen habe (neque per actorem stetit, quo minus fieret, quod constitutum est)[209]. Diese Worte werden in unserer Stelle dahin ausgelegt, daß die Klage dem Gläubiger nicht nur dann zu versagen sei, wenn er die angebotene Leistung ohne Grund zurückgewiesen hat, sondern auch dann, wenn er infolge zufälliger Hindernisse die Leistung am Erfüllungstage nicht hat annehmen wollen. Nimmt man an, daß die L. 18. pr. cit. von einer Mora des Gläubigers handelt, so beweist sie allerdings, daß die Gründe der Nichtannahme für die Frage, ob dem Gläubiger eine Mora zur Last zu legen sei, ohne Bedeutung sind. Diese Annahme ist aber, hingesehen auf die der Nichtannahme von Seiten des Gläubigers beigelegte Folge, sehr bedenklich. Diese Folge ist nämlich der Verlust der Klage aus dem Constitutum, während die Mora des Gläubigers allein den Verlust der Klage nicht nach sich zieht. Es könnte sich daher nur fragen, ob sich nicht aus der Entscheidung der L. 18. pr. cit., da die hier erwähnte Folge der Nichtannahme der Leistung anscheinend über die Folgen der Mora hinausgeht, ein Schluß auf die Voraussetzungen der Mora ziehen lasse. Auch dieses ist nicht zu rechtfertigen. Denn einestheils läßt sich nicht unbedingt sagen, daß die in L. 18. pr. cit. erwähnte Folge der Nichtannahme über die Folgen der Mora hinausgehe, da der Verlust sich nur auf die Klage aus dem Constitutum bezieht, ein Verlust der Rechtsmittel aus der dem Constitutum zu Grunde liegenden Obligation aber ohne Zweifel nicht stattfindet. Anderntheils erklärt sich die Entscheidung der L. 18. pr. aus der besonderen Eigenthümlichkeit des Constitutums, und damit verschwindet jeder Schein, daß die Stelle hier benutzt werden könne. Das Constitutum hat zur Grundlage immer eine andere Obligation, zwar nicht nothwendig eine klagbare, indem auch eine Naturalobligation zur Grundlage eines Constitutums dienen könnte; aber seiner ursprünglichen Bedeutung nach bezweckte es nur, zur Verstärkung der Wirkungen einer bereits bestehenden klagbaren Obligation zu dienen; diese Verstärkung bestand darin, daß, wenn der Schuldner nicht zu der durch das Constitutum bestimmten Zeit zahlte, der Gläubiger mit der actio pecuniae constitutae klagen konnte, die für den Schuldner wegen der dabei vorkommenden Pönalsponsion noch besonders nachtheilig war[210]. Das Constitutum bildete also, ähnlich wie die Pönalstipulation, eine Verstärkung der Wirkungen des obligatorischen Verhältnisses, und hieraus erklärt sich, daß die Klage aus dem Constitutum,

209) L. 16. §. 2. D. 13. 5.
210) Gai. Inst. Comm. IV. §. 171.

ebenso wie die Klage auf die Conventionalstrafe, in allen Fällen, wo die Nichterfüllung der Obligation in einem auf Seiten des Gläubigers eingetretenen Hindernisse ihren Grund hatte, nicht wirksam durchgeführt werden konnte [211]). Die Entscheidung der L. 18. pr. cit. läßt sich demnach nicht benutzen, um daraus das Wesen der Mora des Gläubigers zu bestimmen. Dennoch könnte sich fragen, ob nicht diese Stelle in anderer Weise zur Bestimmung der Voraussetzungen der Mora des Gläubigers benutzt werden könne. Die Worte: per creditorem stat, quo minus etc. werden in den Quellen nicht selten zur Bezeichnung der Mora des Gläubigers gebraucht. Diese Worte in der angeführten Stelle könnten auch auf solche Fälle bezogen werden, wo der Gläubiger nicht annehmen konnte; und hieraus ließe sich schließen, daß dieselbe Bedeutung auch da zu Grunde liege, wo die Worte auf die Mora bezogen werden [212]). Allein daraus, daß die Worte: per creditorem stat, quo minus accipiat, auch auf die Fälle einer casuellen Verhinderung des

---

211) Nach der Vermuthung von Girtanner, Bürgschaft S. 49 flg. ist der Keim des Constitutums in einer Conventionalstrafe zu suchen, welche der Schuldner dem auf Zahlung bringenden Gläubiger für den Fall, daß er nicht zu einer bestimmten Zeit zahlen würde, in Stipulationsform versprochen habe; erst später habe der Prätor die Verabredung selbst klagbar gemacht. Die Wahrheit dieser Vermuthung kann dahin gestellt bleiben; jedenfalls läßt sich die Verwandtschaft des Constitutums mit der Pönalstipulation nicht verkennen. Diese Verwandtschaft zeigt sich, wie Mommsen, Mora S. 106, N. 11 bemerkt hat, nicht blos in der L. 18. pr. D. 13. 5., sondern noch in folgenden Punkten: 1) daß der Prätor in seinem Edicte blos die Hindernisse der Erfüllung, welche in den Verhältnissen des Gläubigers ihren Grund haben, erwähnte, und daß die in der Natur der Leistung begründeten Hindernisse, wenn sie nach der Interpretation der Juristen nicht unbeachtet blieben, doch nur in gleicher Weise wie bei den prätorischen Stipulationen eine Exception begründeten; L. 16. §. 3. D. 13. 5.; 2) daß bei Beantwortung der Frage, ob das Constitutum erfüllt sei, auf das tempus constituti gesehen wurde. L. 16. §. 4. D. 13. 5. Die Zulassung späterer Erfüllung unter Umständen (L. 17. D. eod.) gründet sich gewiß erst auf das spätere Recht. Der erwähnte Charakter des Constitutums erklärt vielleicht, daß die Frage entstehen konnte, ob die Klage aus demselben eine Pönalklage sei; vgl. L. 18. §. 2. D. 13. 5. Im Justinianeischen Rechte ist der Charakter des Constitutums durch den Wegfall der sponsio poenalis allerdings ein anderer; es ist dies aber von den Compilatoren bei der Zusammenstellung des Titels: de pecunia constituta nicht hinreichend beachtet worden.

212) Dieses Argument ließe sich dadurch noch verstärken, daß in einigen Stellen (L. 40. D. 4. 8. L. 8. D. 22. 2.) gesagt wird, die Conventionalstrafe könne nicht gefordert werden: si per stipulatorem stet, quo minus accipiat; es geht nämlich aus anderen Stellen hervor, daß die Verwirkung der Conventionalstrafe nicht blos durch eine willkürliche Nichtannahme von Seiten des Gläubigers, sondern auch durch eine casuelle Verhinderung des Gläubigers an der Annahme verhütet wird. Doch werden auch die Vertheidiger der gegentheiligen Ansicht auf diese Stellen kein großes Gewicht legen, da dieselben nicht ergeben, ob die Juristen durch die erwähnten Worte alle in der Person des Gläubigers eintretende Gründe, wodurch die Verwirkung der Conventionalstrafe abgewendet werden kann, haben zusammenfassen wollen oder ob sie nicht etwa blos an die Fälle einer willkürlichen Verhinderung der Leistung von Seiten des Gläubigers gedacht haben.

Gläubigers an der Annahme bezogen werden können, folgt nicht, daß sie überall, wo sie gebraucht werden, auch auf diese Fälle bezogen werden müssen. Vielmehr führt ein Eingehen auf die freilich in mancher Beziehung schwankende Bedeutung der Worte: per aliquem stat, quo minus etc. zu der entgegengesetzten Annahme. Bei dem Schuldner sind zwar die gedachten Worte im Zweifel von einer Verschuldung desselben zu verstehen; bei dem Gläubiger liegt es aber am nächsten, sie im Zweifel auf eine willkürliche Nichtannahme zu beziehen, wenngleich nach L. 18. pr. cit. und anderen Stellen nicht zu leugnen ist, daß die Worte in Bezug sowohl auf den Schuldner als den Gläubiger unter Umständen in einer weiteren Bedeutung gebraucht werden. In der That wird auch in mehreren Stellen, in denen es sich um eine casuelle Verhinderung des Gläubigers an der Annahme handelt, der Ausdruck: per creditorem stat, vermieden, und es werden statt dessen die Worte: per debitorem non stat, gebraucht[213]). Somit ist die Ansicht, nach welcher jede subjective Voraussetzung für die Mora des Gläubigers geleugnet wird, nicht zu rechtfertigen.

3) Ausnahmsweise Begründung der Mora des Gläubigers ohne Oblation. Nachdem in dem Vorigen festgestellt worden ist, was regelmäßig zur Begründung der Mora des Gläubigers erfordert wird, ist nun zu erörtern, in welchen Fällen ausnahmsweise ohne Oblation der geschuldeten Leistung eine Mora des Gläubigers eintreten kann. Diese Fälle entsprechen zu einem großen Theile denjenigen Fällen, in denen es ausnahmsweise zur Begründung der Mora des Schuldners keiner Interpellation bedarf. Sie sind folgende: a) Begründung der Mora gegen abwesende Gläubiger. Sowie gegen einen abwesenden Schuldner ohne Interpellation eine Mora begründet werden kann, so bedarf es auch gegen einen abwesenden Gläubiger keiner Oblation, um denselben in Verzug zu versetzen. Dies wird in einer Codexstelle ausdrücklich anerkannt[214]). Die Voraussetzungen dieser Mora sind nach Analogie der Mora des Schuldners folgende: aa) der Gläubiger muß an dem Erfüllungsorte nicht anzutreffen sein sowie auch keinen Vertreter dort haben, dem die Leistung angeboten werden könnte; bb) der Schuldner muß zur Erfüllung bereit sein und den Willen zur Vornahme der Oblation gehabt haben; dieser Wille ist auch, ebenso wie bei der Begründung der Mora gegen abwesende Schuldner, durch einen gerichtlichen Act zu bezeugen. Eben darauf bezieht sich die Bestimmung der L. 6. C. cit. cc) Außerdem müssen auch die subjectiven Voraussetzungen der Mora vorliegen. Eine Mora ist daher nur dann anzunehmen, wenn der Gläubiger an dem Erfüllungsorte erscheinen oder einen Bevollmächtigten bestellen konnte[215]).

---

213) L. 19. §. 9. D. 19. 2. L. 38. §. 6. D. 32.

214) L. 6. C. IV. 32.: absente vero creditrice, Praesidem super hoc interpellare debueras.

215) A. M. ist Schilling, in den krit. Jahrb. f. teutsche RW. III, S. 247 flg.

Dieses allein genügt aber nicht, weil die freiwillige Abwesenheit vom Erfüllungsorte nicht ohne weiteres den Schluß zuläßt, daß der Gläubiger die Leistung nicht habe annehmen wollen. Es muß hinzukommen, daß der Gläubiger nach der getroffenen Verabredung oder nach den sonst obwaltenden Umständen eine genügende Veranlassung hatte, zur fraglichen Zeit am Erfüllungsorte zur Annahme der Leistung bereit zu sein. Demgemäß kann vor der bestimmten Erfüllungszeit eine Mora in der hier fraglichen Weise regelmäßig nicht begründet werden, wenngleich die Oblation auch in einem solchen Falle gewöhnlich zulässig ist; denn vor dem Eintritte der Erfüllungszeit hat der Gläubiger keine Veranlassung, sich zur Annahme der Leistung bereit zu halten. Dasselbe muß bei den Obligationen gelten, welche am Wohnorte des Schuldners erfüllt werden sollen, namentlich wenn keine bestimmte Zeit für die Erfüllung festgesetzt ist; hier kann nicht gefordert werden, daß der Gläubiger sich von der Zeit der Fälligkeit der Obligation an fortwährend am Wohnorte des Schuldners aufhalte oder sogleich einen dort Wohnhaften zur Annahme der Leistung bevollmächtige. Die erwähnte Art der Begründung der Mora ist also vorzugsweise dann anwendbar, wenn der Schuldner am Wohnorte des Gläubigers zu erfüllen hat, den Gläubiger aber dort nicht findet, oder wenn die Erfüllung weder am Wohnorte des Gläubigers, noch am Wohnorte des Schuldners, sondern an einem dritten Orte erfolgen soll und durch die Obligation eine bestimmte Erfüllungszeit festgesetzt oder vom Schuldner im voraus dem Gläubiger eine Mittheilung über die Zeit, zu welcher er erfüllen wolle, gemacht ist, der Gläubiger aber dennoch es unterlassen hat, sich zu der fraglichen Zeit am Erfüllungsorte einzufinden. b) B e g r ü n d u n g d e r M o r a i m F a l l e e i n e r U n b e k a n n t s c h a f t d e s S c h u l d n e r s m i t d e m B e t r a g e d e r S c h u l d. So lange der Schuldner den Betrag der Schuld nicht kennt, kann er weder erfüllen, noch offeriren; er muß sich daher, wenn er sich von seiner Verpflichtung durch Erfüllung derselben zu befreien beabsichtigt, vorher Gewißheit über den Betrag der Schuld verschaffen. Er kann sich zu diesem Zwecke an den Gläubiger wenden, um von diesem eine Auskunft über den Betrag der Schuld zu erlangen; der Gläubiger ist aber im allgemeinen zur Ertheilung einer solchen Auskunft nicht verpflichtet und es fragt sich daher, ob der Schuldner, wenn ihm der Gläubiger durch Verweigerung der Auskunft die Oblation unmöglich macht, nicht ein anderes Mittel habe, um denselben in Verzug zu versetzen. Bei Beantwortung dieser Frage muß unterschieden werden, ob dem Schuldner selbst die Mittel zu Gebote stehen, sich die nöthige Kenntniß über den Betrag der Schuld zu verschaffen oder nicht. Im ersten Falle bedarf es keiner Feststellung eines Surrogates für die Obla-

---

welcher überhaupt das Wesen der Mora anders auffaßt. Nach dem früher Bemerkten kann die L. 18. pr. D. 13. 5. gegen die im Text aufgestellte Ansicht nicht angeführt werden.

tion. Anders verhält es sich, wenn der Schuldner selbst sich die nöthige Kunde nicht verschaffen kann; wie dies z. B. der Fall ist bei den auf Erstattung von Verwendungen oder Leistung des Interesse gerichteten Ansprüchen, indem der Betrag der Forderungen hier häufig von Umständen abhängt, welche nur der Gläubiger, nicht der Schuldner kennt und deren Kenntniß der Letztere auch nur durch den Gläubiger erlangen kann. In den Fällen der letzteren Art ist das Bedürfniß eines Surrogates für die Oblation unverkennbar vorhanden. Dem Schuldner kann sehr daran gelegen sein, in den Stand gesetzt zu werden, daß er sich so bald als möglich durch Erfüllung von seiner Verbindlichkeit befreie oder wenigstens die Sache in die Lage bringe, in welche sie durch eine Oblation kommen würde[216]). Es erscheint daher unbillig, daß er an diesem Vorhaben blos durch die Weigerung des Gläubigers, die nöthige Auskunft über den Betrag der Schuld zu ertheilen, gehindert werden soll. Demgemäß ist dann auch schon im römischen Rechte darauf Bedacht genommen, dem Schuldner für diese Fälle ein Hilfsmittel gegen die Unwillfährigkeit des Gläubigers darzubieten. Es beziehen sich hierauf mehrere Stellen[217]). Nach diesen Stellen kann der Schuldner, wenn zur Feststellung des Betrages der Schuld eine Berechnung mit dem Gläubiger nöthig ist und dieser trotz der an ihn ergangenen Aufforderung sich zu einer solchen nicht bereit finden läßt, denselben durch das Gericht zu einer vor dem Gerichte aufzustellenden Liquidation auffordern. Erscheint der Gläubiger, so daß die Liquidation vorgenommen werden kann, so wird dadurch der Schuldner zur Vornahme der Obligation in Stand gesetzt, und es ist in diesem Falle selbstverständlich von dem Erforderniße der Oblation nicht abzusehen[218]). Stellt sich der Gläubiger dagegen nicht vor dem Gerichte ein, so wird die Sache so angesehen, als ob eine Oblation vorgenommen wäre[219]). Die angeführten

216) Es kann nämlich die Fortdauer der Verpflichtung mit manchen Nachtheilen für den Schuldner verbunden sein, von welchen er regelmäßig nur durch Erfüllung oder Oblation sich befreien kann. So bedarf es z. B. wenn der Schuldner eine Mora sich hat zu Schulden kommen lassen, regelmäßig einer Oblation, um das Fortgehen der mannigfachen nachtheiligen Wirkungen der Mora für die Zukunft abzuwenden; ist aber dem Gläubiger durch die Mora ein Schaden zugefügt, so genügt es nicht, daß der Schuldner den ursprünglichen Gegenstand der Obligation allein offerire; er muß vielmehr in diesem Falle dem Gläubiger zugleich das Interesse offeriren, von dessen Betrage er oft nur durch eine Mittheilung des Gläubigers Kenntniß erhalten kann. — Das Interesse, welches der Schuldner daran hat, die Obligation zu erfüllen oder wenigstens offeriren zu können, besteht in den meisten Fällen darin, daß er sonst fortwährend Zinsen zahlen muß. Doch kann das Unterlassen der Oblation auch andere Nachtheile für den Schuldner nach sich ziehen.

217) L. 4. C. V. 56. L. 5. C. de distract. pign. (VIII. 27. (28.))

218) Auf diesen Fall beziehen sich in L. 5. C. de distract. pign. die Worte: sive oblato superfluo.

219) Die meisten neueren Schriftsteller sind in der Hauptsache einverstanden auch Madai, Mora S. 264—266. Derselbe findet jedoch in der L. 4. C. V. 56.

Stellen handeln von Fällen, in welchen die Ungewißheit auf den ganzen Betrag der Schuld sich bezieht. In den Fällen, wo der hauptsächliche Gegenstand der Obligation feststeht und nur eine Nebenforderung ungewiß ist, ist es zur Begründung einer Mora des Gläubigers für genügend zu achten, wenn der Schuldner nach vergeblicher Aufforderung des Gläubigers zur Aufstellung seiner Berechnung, den hauptsächlichen Gegenstand der Obligation offerirt und sich zugleich zur Cautionsleistung hinsichtlich der Nebenforderung erbietet[220]). Die Folgen, wegen welcher es für den Schuldner wichtig ist, daß hier ein Surrogat der Oblation anerkannt werde, sind übrigens vorzugsweise solche, welche nicht die Begründung einer eigentlichen Mora des Gläubigers, sondern nur die Vornahme einer gehörigen Oblation voraussetzen. c) Begründung der Mora bei Obligationen, welche die Feststellung eines bestimmten Termines für die Annahme der Leistung enthalten. Hält man bei den betagten Obligationen die Regel: dies interpellat pro homine, für begründet, so kann man die Nichtbeachtung des dies von Seiten des Gläubigers nicht zugleich als Grund einer Mora des Letzteren ansehen. Dies gilt sowohl für die Fälle, in welchen der Schuldner den Gegenstand der Obligation zu dem Gläubiger hinzubringen, als auch für die Fälle, in welchen der Gläubiger die Leistung bei dem Schuldner oder an einem dritten Orte in Empfang zu nehmen hat. In der That liegt auch kein Grund zur sofortigen Annahme eines Verzuges des Gläubigers vor, wenn er nicht den ersten Moment, wo er seine Forderung geltend machen konnte, benutzt hat. Es kommen jedoch, wie bereits früher bemerkt worden ist, Fälle vor, wo die Bestimmung der Zeit sich nicht auf die Leistung, sondern auf die Annahme derselben bezieht. Hier ist die Obligation sogleich fällig; dem Gläubiger ist aber ein Zeitpunkt gesetzt, bis zu welchem er den Gegenstand der Obligation in Empfang zu nehmen hat, indem der Schuldner nicht länger die Verpflichtung haben soll, die Kosten der Aufbewahrung u. s. w. zu tragen. Nimmt man nun für die Fälle, in denen die Zeitbestimmung sich auf die Leistung bezieht, die Regel: dies

---

keine geeignete Beweisstelle, indem er annimmt, daß in derselben nur von einer gehörigen Oblation, nämlich von einer gerichtlichen Aufforderung zur Empfangnahme die Rede sei. In der fraglichen Stelle wird aber offenbar vorausgesetzt, daß zur Feststellung des Betrages der Schuld eine Liquidation erforderlich war, indem sonst zur Hemmung des Zinsenlaufes eine Deposition der schuldigen Summe hätte geschehen können, und in diesem speciellen Falle nach L. 28. §. 1. D. 26. 7. und L. 1. §. 3. D. 22. 1. hätte geschehen müssen.

220) Das Erbieten zur ausdrücklichen Eingehung der Verpflichtung, den Gegenstand der Nebenforderung zu leisten (zur Cautionsleistung im römischen Sinne des Wortes) ist jedenfalls nur dann nöthig, wenn die Nebenforderung Leistungen betrifft, welche nicht selbstständig eingeklagt werden können, so daß also die Annahme des offerirten Gegenstandes ohne die Errichtung einer besonderen Obligation über die Nebenleistungen einen Verlust der letzteren zur Folge haben würde.

interpellat pro homine, an, so muß man consequenter Weise in den Fällen, in welchen die Zeitbestimmung sich auf die Annahme der Leistung bezieht, mit Ablauf der Zeit eine Mora des Gläubigers annehmen. Schon das römische Recht scheint in diesen Fällen den Eintritt einer Mora ohne Oblation angenommen zu haben. Dafür spricht namentlich eine Digestenstelle [221]). Diese handelt von einem Falle, in welchem es nach den allgemeinen Regeln zur Begründung einer Mora des Gläubigers einer Verbaloblation bedarf; auch wird die Festsetzung einer Zeit in der hier fraglichen Weise in anderen Fällen nicht leicht vorkommen. Erwägt man nun aber, daß das Aufhören der Haftung für die custodia eben eine Hauptfolge der Mora des Gläubigers ist und daß zum Eintritte dieser Folge für den Fall, daß keine Zeit für das Abholen der Waare bestimmt ist, eine denunciatio, d. i. eine Verbaloblation ausdrücklich erfordert wird, so läßt sich nicht zweifeln, daß hier der Ablauf des dies die Oblation vertritt. Diese Annahme erhält übrigens auch noch durch andere Stellen Unterstützung, welche freilich allein zu deren Beweise nicht hinreichen würden [222]). Der Ablauf des dies allein kann aber zur Begründung der Mora nicht genügen. Der Schuldner muß auch wirklich zur Erfüllung bereit gewesen sein; auch müssen die subjectiven Voraussetzungen der Mora vorliegen, so daß es also dem Gläubiger nicht unmöglich gewesen sei, die Empfangnahme zu der bestimmten Zeit selbst oder durch einen Vertreter zu bewirken. Das Erstere wird in der angeführten Stelle offenbar vorausgesetzt, während das letztere Erforderniß allerdings übergangen wird. Dies erklärt sich jedoch daraus, daß es nur sehr selten an demselben fehlen wird und daß der Gläubiger immer in dieser Beziehung den Beweis zu führen hat. — Außer den angeführten Fällen läßt sich noch der unter 2. lit. c. erwähnte Fall, in welchem die Begründung einer Mora bei einem imperfecten Geschäfte zugelassen wird, hier anführen, indem auch hier eine Mora des Gläubigers hinsichtlich des Gegenstandes der Obligation (nicht blos in Ansehung der Mitwirkung zur Herbeiführung der Perfection der Obligation) eintreten kann, obgleich dieser Gegenstand selbst nicht hat offerirt werden können. Noch werden andere Fälle angeführt, in welchen eine Mora des Gläubigers ohne Oblation eintreten könne, welche aber, wie Mommsen gezeigt hat, der nöthigen Begründung ermangeln. Zunächst behaupten Einige [223]), daß eine Mora des Gläubigers immer eintrete, wenn der Gläubiger zur bestimmten Erfüllungszeit sich am festgesetzten Leistungsorte nicht einfindet, der Schuldner aber gegenwärtig und zur Erfüllung bereit ist. Man beruft sich zum Beweise auf L. 18. pr. D. 13. 5., die aber gezeigter Maßen auf die Mora des Gläubigers keinen

221) L. 1. §. 2. D. 18. 6. von Ulpian.

222) L. 2. §. 1. L. 5. D. 18. 6.

223) So unter den Neueren noch Mühlenbruch, Pandektenrecht Bd. 2, §. 356. Schilling a. a. O. S. 247. Fritz, Erläuterungen H. 3, S. 355. Sintenis, Civilrecht Bd. 2, S. 220. Arndts, Pandekten §. 251.

Bezug hat. Andere Quellenzeugnisse, welche die erwähnte Behauptung begründen könnten, fehlen. Es können in diesem Falle demnach keine anderen Regeln zur Anwendung kommen, als die, welche für die Begründung der Mora gegen abwesende Gläubiger im allgemeinen gelten. Ferner hat man eine Mora des Gläubigers in dem Falle angenommen, wenn der Gläubiger bei einer alternativen Obligation das ihm zustehende Wahlrecht innerhalb der auf Antrag des Schuldners Gerichtswegen ihm gesetzten Frist nicht ausgeübt hat. Die gerichtliche Aufforderung ist aber hier, wie unter 2. lit. c. bereits bemerkt wurde, nicht blos ein Surrogat für die Oblation; vielmehr wird durch die Bestimmung über die Folgen der gerichtlichen Aufforderung ein Surrogat für die gewöhnlichen, hier nicht ausreichenden Grundsätze über die Mora des Gläubigers im allgemeinen gegeben. Die von Wolff behauptete Ausnahme, nach welcher eine Mora des Gläubigers ohne Oblation dann immer eintreten soll, wenn der Gläubiger dem Schuldner ausdrücklich erklärt, nicht annehmen zu wollen[224]), stützt sich nicht auf Quellenzeugnisse, sondern es wird zur Begründung derselben von dem erwähnten Schriftsteller nur angeführt, daß die Oblation bei einer vorausgegangenen solchen Erklärung jedenfalls nur zum Scheine vorgenommen werden könnte, daß aber das Recht solche nur zum Scheine vorgenommene Handlungen nicht erfordere. Allerdings ist die ausdrückliche Erklärung des Gläubigers, nicht annehmen zu wollen, nicht ohne Wirkungen, wie bei der Darstellung der Grundsätze über die Oblation bereits bemerkt worden ist. So ist z. B. der Schuldner, welcher in einem Falle, wo es der Realoblation bedarf, dem Gläubiger erklärt, diese nunmehr vornehmen zu wollen, nicht verpflichtet, die Sache dem Gläubiger zu überbringen, wenn dieser erklärt, daß er nicht annehmen werde. Weiter aber, als es im Obigen geschehen ist, darf man nicht gehen. Zur Begründung der Mora des Gläubigers gehört, daß die Verzögerung allein im Gläubiger ihren Grund hat. Aus der Erklärung des Gläubigers, nicht annehmen zu wollen, geht aber weder die Bereitschaft des Schuldners zur Erfüllung, noch dessen Wille, zu erfüllen, hervor. So lange dies aber nicht vorliegt, ist keine Mora des Gläubigers anzunehmen. Uebrigens ist, wenn ein so wichtiger Satz gegolten haben sollte, das Schweigen der Quellen kaum erklärlich; endlich ist es inconsequent, die ausdrückliche Erklärung des Gläubigers, nicht annehmen zu wollen, zur Begründung einer Mora des Gläubigers für genügend zu achten, während der ausdrücklichen Erklärung des Schuldners, nicht erfüllen zu wollen, keine gleichartige Wirkung beigelegt wird. Indessen darf man doch die Wirkungen der dem Schuldner gegenüber vom Gläubiger abgegebenen Erklärung, nicht annehmen zu wollen, nicht auf die oben angegebenen beschränken. Vielmehr muß man der gedachten Erklärung

---

224) Siehe Wolff, Mora §. 31, 32. Ihm stimmt auch Sintenis, Civilrecht Bd. 2, S. 220 bei.

namentlich noch Eine sehr erhebliche Wirkung beilegen, welche darin besteht, daß es dem Schuldner, wenn er zur Zeit der erfolgten Erklärung noch nicht zur Erfüllung bereit ist, nicht zum Vorwurfe gereichen kann, wenn er nunmehr nichts thut, um sich in den Stand zu setzen, die Obligation zu erfüllen.

II. Wirkungen der Mora. A. Wirkungen der Mora des Schuldners. Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Interesse. — Im allgemeinen. Die verschuldete Nichterfüllung einer Obligation befreit den Schuldner nicht von seiner Verpflichtung; er muß, wenn er den ursprünglichen Gegenstand der Obligation nicht leisten kann, ein Aequivalent desselben, das Interesse leisten. Ist nun die Mora des Schuldners eine verschuldete Nichterfüllung der Obligation in Ansehung der Zeit, eine verschuldete Verzögerung der Erfüllung, so muß man annehmen, daß auch die Mora zur Erstattung des Interesse verpflichtet, und zwar desjenigen Interesse, welches der Gläubiger daran hat, daß die Obligation rechtzeitig erfüllt wäre. Der Satz, daß die Mora zur Leistung des Interesse verpflichte, wird auch in mehreren Stellen anerkannt; nicht blos mit Bezug auf freie Klagen, sondern auch mit Bezug auf strenge Klagen. So wird in einer Stelle[225]) gesagt, daß von dem Verkäufer, welcher sich eines Verzuges schuldig gemacht habe, das ganze Interesse („omnis utilitas") zu prästiren sei. In einer anderen Stelle, welche sich nicht wohl auf etwas anderes als auf die Mora beziehen läßt, wird dem Käufer eines Sclaven alles das zugesprochen, was er durch den Sclaven würde erworben haben[226]) und somit für die Feststellung desjenigen, was der säumige Verkäufer zu leisten hat, das, der Berechnung des Interesse zu Grunde liegende Princip anerkannt. Ebenso wird in Ansehung der actio ad exhibendum anerkannt, daß der Schuldner wegen Mora das Interesse zu leisten hat[227]), nicht minder in Ansehung der actio arbitraria de eo, quod certo loco[228]). Mit Bezug auf Fideicommisse heißt es ferner, daß der Erbe, welchem eine Mora zur Last falle, dem Fideicommissar nicht blos die Früchte, sondern allen Schaden, welchen derselbe erlitten habe, ersetzen solle[229]). Dies galt nicht blos von Fideicommissen, sondern auch von Legaten. So soll bei dem Legate eines Nießbrauches der Erbe, welcher sich einer Mora schuldig gemacht hat, prästiren: quanti legatarii intersit, moram factam non esse[230]). Ebenso wird endlich selbst mit Bezug auf die Stipulation die Verpflichtung zur Leistung des Interesse in einigen Stellen anerkannt[231]). Dasselbe, was sich nach dem

225) L. 21. §. 3. D. 19. 1.
226) L. 31. §. 1. D. 19. 1.
227) L. 9. §. 8. D. 10. 4.
228) L. 2. §. 8. D. 13. 4.
229) L. 26. D. 32. Vgl. L. 35. pr. D. eod.
230) L. 30. §. 2. D. 7. 1.
231) L. 4. pr. D. 13. 4. L. 113. §. 1. L. 114. D. 45. 1.

Bisherigen für die durch Interpellation begründete Mora ausgesprochen findet, wird in den Quellen auch für die durch ein Delict begründete Mora anerkannt[232]). Worin das Interesse im einzelnen Falle besteht, hängt nicht allein von gesetzlichen Vorschriften, sondern hauptsächlich von thatsächlichen Umständen ab, nämlich von dem Einflusse, welchen die Mora auf das Vermögen des Gläubigers geäußert hat. Dieser Einfluß kann aber in den verschiedenen Fällen sehr verschieden sein, sowohl quantitativ als qualitativ. Die erste Art der Verschiedenheit ist ohne juristische Bedeutung. Das von dem Gläubiger zu beanspruchende Interesse richtet sich nach der Größe des erweislichen Schadens. Die Größe des Schadens ist aber selbstverständlich nur von Einfluß auf den Umfang des Interesse, nicht auf die Frage, ob überhaupt das Interesse zu leisten sei. Die Behauptung Einiger[233]), daß eine unbedeutende Mora, d. h. eine Mora von kurzer Dauer, wodurch dem Gläubiger kein bedeutender Nachtheil erwachsen sei, nicht in Betracht komme, findet in den Quellen keine Unterstützung[234]); auch ist in der That nicht abzusehen, warum ein geringer, durch eine verschuldete Rechtsverletzung zugefügter Schade nicht ebensowohl dem Gläubiger ersetzt werden sollte, als ein großer Schade. Wichtiger ist in juristischer Beziehung die qualitative Verschiedenheit des Einflusses, welchen die Mora auf das Vermögen des Gläubigers äußern kann. Diese hängt theils mit der Verschiedenheit des Gegenstandes der Obligation, theils damit zusammen, daß das Interesse nicht blos den durch die Rechtsverletzung unmittelbar entstandenen Schaden, sondern auch den mittelbaren Schaden umfaßt. In der ersten Beziehung ist es von Bedeutung, ob der Gegenstand der Obligation, dessen Benutzung durch die Mora dem Gläubiger zeitweilig entzogen ist, in Gelde besteht oder in einer fruchttragenden Sache oder in einer Sache, aus welcher keine Früchte gezogen werden können. Was den zweiten Punkt anlangt, so kann die Mora für sich allein zwar nur die Folge haben, daß der Gläubiger zeitweilig den Gegenstand der Obligation nicht benutzen kann; sie kann aber unter Mitwirkung anderer Umstände viel weiter gehende Nachtheile zur Folge haben, z. B. sogar

---

232) L. 3. D. 13. 1. L. 1. §. 41. D. 43. 16.

233) J. B. Schilling, in den krit. Jahrb. f. teutsche RW. Bd. III, S. 230.

234) Allerdings werden mehrere Stellen für die erwähnte Behauptung angeführt, nämlich L. 21. D. 5. 1. L. 24. §. 4. D. 19. 2. L. 8. D. 2. 11. L. 135. §. 2. D. 45. 1. Die erste Stelle, welche von den Fristen handelt, die nach einer confessio in iure dem Schuldner verstattet wurden, betrifft aber nur die Frage, von welcher Zeit an die Mora in diesem Falle ihren Anfang nimmt. Die übrigen Stellen handeln überhaupt nicht von einer Mora im technischen Sinne; überdies beziehen sie sich, wie sich aus den gebrauchten Worten („nec actoris ius ex mora deterius factum sit", — „omniaque colono in integro sunt" — „nec mulieris quidquam propter eam moram interesset") ergiebt, auf Fälle, in welchen die Verzögerung keinen, auch nicht einmal einen geringeren Nachtheil für den Gläubiger zur Folge gehabt hat.

den gänzlichen Verlust des Gegenstandes der Obligation, und dann umfaßt die Verpflichtung zur Leistung des Interesse auch die Erstattung dieses Schadens. Bei der Darstellung der Folgen, welche aus der Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Interesse sich ergeben, ist vorzugsweise die zuletzt erwähnte Verschiedenheit des Einflusses der Mora auf das Vermögen des Gläubigers in das Auge zu fassen, und es sind demgemäß folgende Abtheilungen zu machen: 1) Haftung für Veränderungen, welche hinsichtlich des Gegenstandes der Obligation selbst oder seines Werthes eintreten. a) Haftung für den gänzlichen oder theilweisen Verlust des Gegenstandes der Obligation. b) Haftung für die Preisveränderung. c) Haftung für die in Ansehung des Gegenstandes der Obligation eingetretene Ortsveränderung. 2) Verpflichtungen, welche nicht durch solche Veränderungen bedingt sind; Früchte, Zinsen u. s. w. Anhangsweise ist dann noch von den Rechtsmitteln, welche dem Gläubiger zur Geltendmachung seines Anspruches auf das Zeitinteresse zu Gebote stehen, zu handeln. Bisher war nur von Einer Wirkung der Mora, nämlich von der Verpflichtung zur Leistung des Interesse die Rede, und in der That lassen sich alle Folgen, welche die Mora nach heutigem Rechte hat, aus dieser Verpflichtung ableiten.

1) **Haftung für Veränderungen, welche in Ansehung des Gegenstandes der Obligation selbst oder seines Werthes eintreten. a) Haftung für den gänzlichen oder theilweisen Verlust desselben (perpetuatio obligationis).** Hier haben wir es mit den Fällen zu thun, wo die Leistung nach dem Beginne der Mora ganz oder theilweise unmöglich geworden ist. Der hauptsächlichste dieser Fälle ist der nach dem Beginne der Mora erfolgte Untergang der geschuldeten Sache; es kommen aber ebensowohl die übrigen Gründe einer nachfolgenden Unmöglichkeit in Betracht; auch ist zu bemerken, daß die Verschlechterung dem theilweisen Untergange gleichsteht[235]). Die Frage, inwieweit die Mora den Schuldner verpflichte, den durch den Eintritt einer Unmöglichkeit der Leistung entstehenden Schaden dem Gläubiger zu ersetzen, ist schon seit den Zeiten der Glossatoren streitig gewesen. Nach der einen Ansicht bewirkt die Mora für den Schuldner die Verpflichtung, unter allen Umständen für die später eintretende Unmöglichkeit der Leistung zu haften; nach der anderen findet diese Verpflichtung nur unter gewissen Beschränkungen statt[236]). Bei Beantwortung der aufgestellten Frage ist zu unter-

---

235) Vgl. L. 25. §. 2. D. 24. 3. L. 108. §. 11. D. 30.

236) Die erste schon von dem Glossator Johannes aufgestellte Ansicht wird vertheidigt von Madai, Mora §. 46. Fritz, Erläuterungen Heft 3, S. 359 flg. Für die zweite von dem Glossator Martinus aufgestellte Ansicht haben sich in der neuesten Zeit namentlich ausgesprochen Savigny, System Bd. 6, §. 273, 274. Vangerow, Leitfaden Bd. 3, §. 588, Anm. 3. Mommsen, Mora §. 20 und Beiträge zum Obl. Rechte Abth. 1, S. 268 flg. Die Anhänger der letzteren Ansicht stimmen hinsichtlich der Bedingungen, unter welchen

scheiden, ob das Ereigniß, welches die völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung verursacht hat, den Gegenstand der Obligation auch dann betroffen hätte, wenn der Schuldner rechtzeitig erfüllt hätte oder ob dies nicht der Fall gewesen wäre. Im letzteren Falle ist die Mora des Schuldners der Grund, daß die Leistung dem Gläubiger entgangen ist, indem es vorliegt, daß das schädliche Ereigniß den Gegenstand der Obligation bei dem Gläubiger nicht betroffen haben würde. Der Causalzusammenhang zwischen der Mora und der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung ist freilich nur ein mittelbarer; daß aber auch ein solcher zu berücksichtigen ist, folgt aus den im römischen Rechte über die Prästation der Culpa aufgestellten Grundsätzen. Nach einer Menge Entscheidungen haftet der Schuldner, wenn er durch eine contractwidrige Handlung den Gegenstand der Obligation in eine solche Lage gebracht hat, daß dieser von einem nachtheiligen Ereignisse betroffen ist, welches sonst auf denselben nicht hätte einwirken können; möge auch dem Schuldner weder in Bezug auf das Eintreten des Ereignisses, noch in Bezug auf die nicht erfolgte Abwehr desselben eine Verschuldung zur Last fallen[237]). Das Verhältniß der Verschuldung zu dem eingetretenen Nachtheile ist aber im letzteren Falle im wesentlichen dasselbe, wie in dem hier fraglichen Falle. Nur der Unterschied besteht, daß der Schuldner in dem einen Falle eine Veränderung in den Verhältnissen des Gegenstandes der Obligation rechtswidrig vorgenommen, in dem Falle der Mora eine solche durch Erfüllung der Obligation vorzunehmen rechtswidrig unterlassen hat. Dieser Unterschied kommt aber nicht in Betracht, da in den obligatorischen Verhältnissen die Culpa in non faciendo ebensowohl prästirt werden muß, als die Culpa in faciendo[238]). Liegt also vor, daß der Gegenstand der Obligation im Falle einer rechtzeitigen Erfüllung nicht von dem schädlichen Ereignisse betroffen worden wäre, so bleibt der Schuldner in gleicher Weise verpflichtet, als wenn die Obligation nach ihrem ursprünglichen Inhalte noch erfüllt werden könnte. Es ist hierbei gleichgiltig, ob der Schuldner durch Anwendung größerer Sorgfalt dem Eintreten des schädlichen Ereignisses hätte vorbeugen können; auch wenn dies nicht der Fall war, haftet er, da ohne seine Mora der Gegenstand der Obligation dem Gläubiger durch das gedachte Ereigniß nicht entzogen wäre[239]). Dies wird auch in mehreren

sie den Anspruch auf Ersatz für den Verlust des Gegenstandes der Obligation zulassen, nicht ganz überein.

237) Vgl. L. 5. §. 7. L. 18. pr. D. 13. 6. L. 13. §. 3. D. 19. 2. L. 1. §. 4. D. 44. 7.

238) Nur bei der Stipulation, wenigstens insofern sie auf ein dare gerichtet war, hatte der Unterschied zwischen der Culpa in faciendo und non faciendo praktische Bedeutung. L. 91. pr. D. 45. 1.

239) Fällt dem Schuldner in Bezug auf das Eintreten des schädlichen Ereignisses eine Culpa zur Last, so kann seine Verpflichtung zur Leistung des Interesse noch weniger zweifelhaft sein, sollte er nach der Natur des obligatorischen Verhältnisses auch nur für dolus haften müssen. Die Culpa des Schuldners

Entscheidungen der Quellen ausdrücklich anerkannt[240]). Was nun diejenigen Fälle betrifft, in welchen das Ereigniß, welches die (völlige oder theilweise) Unmöglichkeit herbeigeführt hat, den Gegenstand der Obligation auch ohne den Verzug des Schuldners betroffen hätte, so liegt hier nicht einmal ein mittelbarer Causalzusammenhang zwischen dem Verzuge des Schuldners und der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung vor. Einige Juristen, besonders Cassius, waren deshalb auch der Meinung, daß den Schuldner in diesen Fällen das Eintreten der Unmöglichkeit von seiner Verbindlichkeit befreie[241]). Diese Ansicht hat aber in der Justinianeischen Compilation keine Billigung gefunden, was sich auf folgende Weise erklärt. Die Mora verpflichtet den Schuldner zur Erstattung der vollen utilitas temporis. Dieses Zeitinteresse besteht allerdings vorzugsweise in den Vortheilen, welche die Benutzung des geschuldeten Gegenstandes im eigentlichen Sinne des Wortes während der Dauer des Verzuges dem Gläubiger gewährt hätte; es gehört dahin aber auch ebensowohl der Vortheil, welchen der Gläubiger durch eine Verfügung über den Gegenstand selbst, namentlich durch dessen Verkauf, erlangt haben würde. Kann nun auch in den in Frage stehenden Fällen eine Entschädigung für das Unterbleiben der Leistung selbst nicht verlangt werden, so folgt doch daraus nicht, daß eine Entschädigung in der zuletzt gedachten Beziehung ausgeschlossen ist. Nach den allgemeinen Grundsätzen über das Interesse würde nun der Gläubiger nur dann eine Entschädigung für den unterbliebenen Verkauf der geschuldeten Sache fordern können, wenn er darzuthun im Stande wäre, daß er die Sache, wenn sie rechtzeitig geleistet wäre, vor dem Eintritte des schädlichen Ereignisses verkauft haben würde[242]). Ein solcher Beweis

---

hätte gar nicht vorkommen können, wenn er die Erfüllung der Obligation nicht rechtswidrig verzögert hätte.

240) L. 14. §. 11. D. 4. 2. L. 12. §. 4. D. 10. 4. Die erste Stelle handelt von der Haftung des mit der actio quod metus causa in Anspruch Genommenen während des Rechtsstreites; der Beklagte war hier schon durch das Delict in Verzug versetzt; wenn man den Eintritt des Verzuges nicht schon mit dem Delict annimmt, so war doch wenigstens mit der Einleitung des Processes wegen der mala fides des Beklagten eine Mora eingetreten. Ebenso bezieht sich die zweite Stelle ohne Zweifel auf die Wirkungen der Mora. Dafür sprechen schon die zur näheren Bezeichnung des Interesse gebrauchten Ausdrücke („quanti actoris interfuerit, per eum non effectum, quo minus tunc, cum iudicium acciperetur, homo exhiberetur.") Noch sicherer geht dies aber aus der Entscheidung selbst hervor, da nach anderen Stellen die Litiscontestation für sich bei der actio ad exhibendum keine soweit gehende Haftung des Beklagten zur Folge hat. Vgl. L. 7. §. 5. D. 10. 4.

241) Siehe namentlich L. 40. pr. D. 5. 3. soweit sie von der Haftung des malae fidei possessor nach der Litiscontestation, also von einem Falle der Mora handelt. Vielleicht bezieht sich auch die L. 14. §. 1. D. 16. 3. auf die im Texte erwähnte Ansicht; die Stelle kann sich jedoch möglicherweise auch lediglich auf die Folgen der Litiscontestation beziehen.

242) Vergl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte Abth. 2, S. 186 flg.

ist in den meisten Fällen sehr schwierig; überdies wird der Gläubiger, wenn er auch sonst vielleicht geneigt gewesen wäre, zu verkaufen, doch nicht selten durch die Vorenthaltung des geschuldeten Gegenstandes von Seiten des Schuldners, weshalb ein Bemühen, den Gegenstand zu verkaufen, voraussichtlich nutzlos ist, abgehalten werden, ernstlich an einen Verkauf zu denken. Dies konnte wohl Veranlassung geben, in den Fällen der Mora nicht bei den sonst geltenden Grundsätzen stehen zu bleiben, und die römischen Juristen sind hier auch in der That über diese Grundsätze hinausgegangen, indem sie angenommen haben, daß der Gläubiger schon dann eine Entschädigung fordern könne, wenn nur die Möglichkeit für ihn vorhanden war, im Falle einer rechtzeitigen Erfüllung den geschuldeten Gegenstand vor dem Eintritte des schädlichen Ereignisses zu verkaufen, und dadurch dessen nachtheilige Folgen von sich abzuwenden[243]). Es kommen hier besonders noch folgende Stellen in Betracht: L. 47. §. 6. D. 30. L. 14. §. 11. D. 4. 2. L. 15. §. 3. D. 6. 1. L. 40. pr. D. 5. 3. L. 20. §. 21. D. eod. Die beiden ersten Stellen handeln ganz ausdrücklich von den Wirkungen der Mora. Die drei letzten Stellen beziehen sich auf dingliche Klagen, und zwar die dritte Stelle auf eine Verzögerung der Restitution von Seiten des Beklagten, nachdem ihm die Restitution durch den arbitratus iudicis bereits anbefohlen war, die beiden letzten Stellen auf die Haftung des malae fidei possessor nach der Litisconteſtation. Auch diese Stellen gehören als Belegstellen hierher, indem in den gedachten Fällen alle Voraussetzungen der Mora vorliegen und sich kein Grund denken läßt, weshalb die Mora hier anders hätte behandelt werden sollen, als in den übrigen Fällen[244]). Was nun die angeführten Stellen betrifft, so wird allerdings in einigen derselben, namentlich in L. 47. §. 6. D. 30. die Möglichkeit des Verkaufes nicht als Bedingung, sondern als Grund der Haftung angeführt. Es gilt dies aber nicht von allen Stellen. Ueberdies ist dieser Umstand nicht von der Bedeutung, welche ihm Einige beilegen wollen[245]). Wenn auch im allgemeinen die Berufung auf die Entscheidungsgründe der römischen Juristen mißlich ist, weil deren

243) Siehe besonders Savigny, System Bd. 6, §. 274. Ihm folgt Mommsen, Mora S. 187 flg. Von den älteren Schriftstellern waren dieser Ansicht namentlich Contius, de diversis morae generibus, cap. 8. und Donellus, de mora.

244) Nach Madai, Mora S. 299 flg. und Fritz, Erläuterungen H. 3, S. 360, sollen die auf die malae fidei possessio sich beziehenden Stellen nichts beweisen können, weil der Grund der Haftung des malae fidei possessor nicht in seiner Mora, sondern in seiner Verpflichtung zur Leistung des Interesse liege. Hätte aber wirklich die Mora eine weitergehende Verpflichtung zur Folge, so wäre es doch unerklärlich, warum diese nicht auch dem malae fidei possessor gegenüber zur Geltung hätte kommen sollen, wenn diesem eine Mora zur Last fällt. Es läßt sich nicht ersehen, was die römischen Juristen hätte veranlassen können, in dem letzten Falle eine schonendere Behandlung eintreten zu lassen. Siehe Mommsen, Mora S. 189, N. 10.

245) Z. B. Madai S. 298 flg. Fritz S. 361.

Fassung nicht immer sehr genau ist, so fällt doch in unserem Falle jedes Bedenken weg, weil in der dritten und fünften der vorher angeführten Stellen als Gegenstand des Ersatzes nicht das Interesse, welches der Gläubiger daran hatte, die eingeklagte Sache zu haben, sondern nur der Preis, zu welchem man annehmen kann, daß der Gläubiger die Sache hätte verkaufen können, d. h. der Werth, welchen die Sache im Verkehr hat (das verum rei pretium) bezeichnet wird. Hierdurch wird ganz entschieden bewiesen, daß nicht eine Entschädigung für die untergegangenen Gegenstände selbst, sondern nur eine Entschädigung für den gehinderten Verkauf der Gegenstände gefordert, daß ein Ersatz also nur in dem Falle, wenn der Gläubiger hätte verkaufen können, verlangt werden kann. Nach den angeführten Stellen läßt sich also eine unbedingte Verpflichtung zum Ersatze in dem Falle, wenn das schädliche Ereigniß den geschuldeten Gegenstand auch ohne die Mora des Schuldners betroffen hätte, nicht annehmen. Es fragt sich aber, ob die bloße Möglichkeit des Verkaufes genügt, um für den Gläubiger ein Recht auf Entschädigung zu begründen oder ob nicht wirklich vielmehr feststehen muß, daß der Gläubiger im Falle einer rechtzeitigen Erfüllung der Obligation den geschuldeten Gegenstand auch wirklich vor dem Eintritte des schädlichen Ereignisses verkauft hätte. Von Manchen wird auf Grund der L. 15. §. 3. D. 6. 1. und L. 14. §. 11. D. 4. 2. das Letztere angenommen. Auch scheinen diese Stellen die gedachte Annahme zu unterstützen. Dennoch muß man die bloße Möglichkeit des Verkaufes für genügend achten. Für diese Ansicht entscheiden sowohl L. 47. §. 6. D. 30. und L. 40. pr. D. 5. 3., als insbesondre auch der Umstand, daß die römischen Juristen die Erstattung durchaus als die (fast immer eintretende) Regel auffassen, was nicht wohl in dieser Weise hätte geschehen können, wenn zur Durchführung des Anspruches auf Ersatz es des Beweises bedurft hätte, daß der Gläubiger den geschuldeten Gegenstand wirklich verkauft haben würde. Auch lassen sich die L. 15. §. 3. D. 6. 1. und L. 14. §. 11. D. 4. 2. in einer solchen Weise verstehen, daß sie mit der hier angenommenen Ansicht nicht im Widerspruche stehen[246]). Der

---

246) Vgl. besonders Savigny, System Bd. 6, S. 187 flg. Die Worte der L. 15. §. 3. D. 6. 1.: si forte distracturus erat können auf die bloße Möglichkeit des Verkaufes bezogen werden, indem das Wort: forte in der Bedeutung von „möglicher Weise“ genommen wird. Wenn auch die nachfolgenden Worte: si ei restituisset, distraxisset vorauszusetzen scheinen, daß der Kläger in dem speciellen Falle wirklich verkauft haben würde, so kann man doch darauf kein großes Gewicht legen, da L. 20. §. 21. D. 5. 3. ganz allgemein und ohne Rücksicht auf einen speciellen Fall ausspricht, daß der Beklagte das verum pretium leisten müsse, mit dem Beifügen: quia, si petitor rem consecutus esset, distraxisset. Was die L. 14. §. 11. D. 4. 2. anlangt, so können die Worte: qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset ebensowohl bedeuten: weil er ihn vielleicht verkauft haben wird, als: wenn er ihn etwa verkauft haben wird. Dafür aber, daß die erste Bedeutung anzunehmen ist, ist der von Savigny angeführte Grund entscheidend, daß diese Stelle von Ulpian herrührt, derselbe Jurist aber in der

aufgestellte Satz, daß die bloße Möglichkeit des Verkaufes genügt, um in dem in Frage stehenden Falle einen Anspruch auf Ersatz zu begründen, gilt jedoch nur dann, wenn es sich um einen Gegenstand handelt, welchem überhaupt sich ein bestimmter Werth im Verkehr beilegen läßt[247]). Er ist nicht anwendbar, wenn der Werth sich nach den im Verkehr herrschenden Ansichten nicht bestimmen läßt, also dann nicht, wenn der Kaufcontract, welchen der Gläubiger im Falle einer rechtzeitigen Leistung hätte abschließen können, von aleatorischem Charakter gewesen wäre. Hier liegt auch die Annahme, daß der Gläubiger durch einen Verkauf den Nachtheil von sich abgewendet haben würde, weit ferner, weil es immer von ganz besonderen Umständen abhängen wird,

---

L. 47. §. 6. D. 30. den Verkauf nicht als Bedingung, sondern als Motiv aufgefaßt hat, und dieselbe Auffassung mithin auch in der L. 14. §. 11. cit. bei ihm für den Fall der Mora in persönlichen Klagen vorauszusetzen ist. Gegen diese Auslegung könnte man sich freilich auf die Verbindung berufen, in welche der hier in Betracht kommende Satz der L. 14. §. 11. cit. mit dem vorhergehenden Satze: si tamen res peritura non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus, durch das Wort: itaque gesetzt ist, indem man nämlich sagte: nur dann würde die Sache nicht bei dem Gläubiger untergegangen sein, wenn er sie wirklich vorher verkauft hätte (siehe Glück, Erl. der Pandekten Bd. 8, S. 238 flg.). Aber einestheils würde der in Frage stehende Satz auch dann keine durchaus consequente Folgerung aus dem vorhergehenden enthalten, weil die dort für die Haftung des Beklagten aufgestellte Bedingung nur darauf geht, daß die Sache nicht untergegangen sein würde, nicht aber darauf, daß sie nicht bei dem Gläubiger untergegangen wäre. Anderntheils giebt das Wort: itaque auch ohne diese Annahme einen guten Sinn. Im Anfange der Stelle wird nämlich bemerkt, daß der Kläger bei der actio quod metus causa, wenn nach dem Urtheile eine casuelle Unmöglichkeit der Leistung eintrete, keine Entschädigung fordern könne, weil hier die poena tripli genüge; dann heißt es, daß die Sache sich anders verhalte, wenn der abgenöthigte Gegenstand vor dem Urtheile untergegangen sei, indem der Beklagte in diesem Falle hafte, wenn der Gegenstand ohne die Dazwischenkunft des Delicts nicht untergegangen sein würde. Wenn man nun den hier in Betracht kommenden Satz mit dem ganzen vorhergehenden Inhalte der Stelle in Verbindung bringt, so ist die in demselben gezogene Folgerung die, daß im Falle eines casuellen Unterganges der abgenöthigten Sache der Werth derselben nicht immer (namentlich nicht, wenn die Sache nach dem Urtheile untergegangen ist), sondern nur bisweilen zu ersetzen ist. Dazu paßt das Zusammenstehen der Worte: itaque und interdum. Etwas auffallend bleibt es nur, daß Ulpian sich in dem letzten Satze auf die Möglichkeit des Verkaufes, in dem vorhergehenden auf den Umstand beruft, daß die Sache nicht untergegangen wäre, si metum non adhibuisset. Möglicherweise hat aber Ulpian, welcher vorher nur den hauptsächlichsten Fall der Haftung hervorgehoben hatte, hier den ferneren Fall nachholen wollen; außerdem kommt in Betracht, daß die der L. 14. §. 11. cit. zu Grunde liegende Stelle dieses Juristen bei ihrer Aufnahme in die Digesten wohl manche Veränderungen erlitten hat; ein Umstand, der es auch bedenklich macht, auf die Verbindungsworte viel Gewicht zu legen. Endlich spricht für die versuchte Vereinigung der L. 15. §. 3. D. 6. 1. und L. 14. §. 11. D. 4. 2. mit der L. 47. §. 6. D. 30., daß alle diese Stellen den Schriften desselben Juristen, nämlich des Ulpian, entlehnt sind.

247) Nicht nöthig ist, daß die Sache eine solche sei, welche einen Marktpreis hat, wie sich aus L. 47. §. 6. D. 30. ergiebt.

ob ein solcher Verkauf unter einigermaßen günstigen Bedingungen sich wird realisiren lassen[248]). Das Resultat ist folgendes. Der Schuldner, welchem eine Mora zur Last fällt, muß den Gläubiger immer für den Verlust des Gegenstandes der Obligation entschädigen, wenn das diesen Verlust bewirkende Ereigniß den Gegenstand im Falle einer rechtzeitigen Erfüllung der Obligation nicht betroffen hätte. Im entgegengesetzten Falle haftet er nicht für den Verlust des Gegenstandes als solchen; er hat aber dem Gläubiger den Verkaufswerth des Gegenstandes (das verum rei pretium) zu ersetzen, wenn der Gläubiger im Falle einer rechtzeitigen Leistung denselben hätte verkaufen können, und wenn dem Gegenstande ein bestimmter Verkaufswerth beigelegt werden kann. Ist

248) Aus dem Angeführten erklärt sich L. 36. §. 2. D. 7. 1. In dem hier entschiedenen Falle, in welchem die Leistung des Nießbrauches durch den Tod des Sclaven oder des Vermächtnißnehmers unmöglich geworden ist, hätte der Letztere vielleicht durch einen früheren Verkauf des Nießbrauches den durch das Erlöschen desselben eintretenden Schaden, wenigstens theilweise, abwenden können; dennoch ist der Erbe nur zur Erstattung der Vortheile gehalten, welche der Vermächtnißnehmer aus der Benutzung des Sclaven von der Zeit des Anfanges der Mora bis zur Zeit des Eintrittes der Unmöglichkeit der Leistung hätte ziehen können. Die Möglichkeit des Verkaufes, als Grund eines Anspruches auf Ersatz, wird gar nicht erwähnt, wahrscheinlich weil der Nießbrauch wegen seiner sehr ungewissen Dauer keinen irgendwie bestimmten Werth im Verkehr hat. Dasselbe wird gelten, wenn es sich um Restitution einer Sache handelt, an welcher der Gläubiger nur ein widerrufliches Recht hat und nach eingetretener Mora des Schuldners die Bedingung eintritt, von welcher der Verlust des Rechtes abhängt. Auch hier wäre ein vorgängiger Verkauf des Gegenstandes möglich gewesen; es wird aber dies bei Berechnung des wegen der Mora zu leistenden Interesse nicht berücksichtigt werden können. Ein solcher Fall wird in L. 14. pr. D. 13. 1. vorgetragen. Hier wird die Möglichkeit des Verkaufes in den Schlußworten anerkannt, darauf aber keine Rücksicht genommen, wenn die Bedingung vor dem Urtheile erfüllt ist. Ein Ersatz wegen des Vortheiles, welcher durch einen Verkauf des Gegenstandes der Obligation zu erlangen gewesen wäre, ist jedoch deshalb auch in den Fällen der zuletzt erwähnten Art nicht völlig ausgeschlossen. Nach L. 57. fin. D 24. 3. kann ein Ersatz für den infolge der Mora des Schuldners unterbliebenen Verkauf eines Nießbrauches selbst dann unter Umständen gefordert werden, wenn eine Unmöglichkeit der Leistung nicht eingetreten ist. Doch setzt der Anspruch auf Ersatz in dem letzteren Falle den Beweis voraus, daß der Gläubiger Gelegenheit hatte, ein bestimmtes Geschäft in Ansehung des Nießbrauches (also einen Verkauf desselben an eine bestimmte Person zu einem bestimmten Preise) abzuschließen und daß er diese Gelegenheit auch benutzt haben würde, wenn der Schuldner die Leistung nicht rechtswidrig verzögert hätte. Wenn auch diese Erfordernisse nicht ausdrücklich in der angeführten Stelle hervorgehoben werden, so ergiebt doch der Zusammenhang, daß unter der „facultas vendendi" nicht die bloße Möglichkeit des Verkaufes zu verstehen ist. Dasselbe muß selbstverständlich auch dann gelten, wenn später eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist; ja hier dürfte es hinreichen, wenn blos die Gelegenheit, den Gegenstand der Obligation zu einem bestimmten Preise zu verkaufen, erwiesen ist. Ist dieses dargethan, so steht der Fall den anderen Fällen, in welchen der Gegenstand einen bestimmten Werth im Verkehre hat, juristisch völlig gleich, und sowenig in den letzten Fällen es des Beweises bedarf, daß der Gläubiger beabsichtigt habe, den Gegenstand der Obligation zu verkaufen, ebensowenig kann dies in dem hier in Frage stehenden Falle verlangt werden.

das Letztere nicht der Fall, so tritt eine Verpflichtung zur Entschädigung nur dann ein, wenn es vorliegt, daß vor dem Eintritte des schädlichen Ereignisses der Gläubiger eine Gelegenheit zum Verkaufe des Gegenstandes zu einem bestimmten Preise gehabt habe. Was die Beweislast betrifft, so hat ohne Zweifel der Schuldner den Beweis zu führen, daß das Ereigniß den Gegenstand der Obligation auch im Falle einer rechtzeitigen Leistung betroffen haben würde. Dagegen kann Zweifel darüber sein, ob der Gläubiger die Möglichkeit des Verkaufes oder der Schuldner die Unmöglichkeit desselben zu beweisen habe. Das Erstere scheint daraus zu folgen, daß der Anspruch auf Ersatz des Werthes eben auf der Möglichkeit eines Verkaufes der Sache von Seiten des Gläubigers beruht[249]). Da jedoch die Möglichkeit des Verkaufes durchaus die Regel bildet, so kann dem Gläubiger der Beweis derselben nicht auferlegt werden, sondern der Schuldner hat zu beweisen, daß in dem einzelnen bestimmten Falle ein Verkauf nicht möglich gewesen sei. Dies gilt jedoch nur, wenn der Gegenstand der Obligation ein solcher, welchem im Verkehr ein bestimmter Werth beigelegt werden kann; ist dies nicht der Fall, so hat allerdings der Gläubiger zu beweisen, daß sich ihm eine bestimmte Gelegenheit zum Verkaufe dargeboten habe. Die aufgestellten Regeln haben ihre hauptsächliche Bedeutung für die auf Sachleistungen gerichteten Obligationen; sie kommen aber auch bei den auf ein Thun gerichteten Obligationen zur Anwendung[250]); freilich kann hier, sofern es sich lediglich um ein Thun handelt, von einem Ersatze wegen der unterbliebenen Möglichkeit des Verkaufes nicht die Rede sein. Ferner gelten die erwähnten Regeln nicht blos für die durch Interpellation begründete Mora, sondern ebenso für die ohne Interpellation eintretende Mora. Für die durch Delict begründete Mora haben Viele bis auf die neueste Zeit die Ansicht vertheidigt, daß diese Mora, abweichend von den sonst geltenden Regeln, eine unbedingte Verpflichtung zur Haftung für den später eingetretenen Verlust des Gegenstandes der Obligation nach sich ziehe[251]). Für diese Ansicht kann nichts weiter angeführt werden, als daß in verschiedenen Stellen die Regel, daß der Beklagte ungeachtet des casuellen Unterganges der Sache hafte, mit Beziehung auf die durch Delict begründete Mora ohne Beifügung einer Beschrän-

---

249) Deshalb hatte Mommsen, Beitr. zum Obligationenrechte Abth. 1, §. 23, N. 14 dem Gläubiger in dieser Beziehung die Beweislast auferlegt; eine Ansicht, welche er in der Lehre von der Mora S. 197 mit Recht zurückgenommen hat.

250) Daher wird nach L. 14. §. 2. D. 13. 5. der Schuldner, welcher eine bestimmte Person als Bürgen zu stellen versprochen hat, durch den Tod dieser Person nur dann von der erwähnten Verbindlichkeit befreit, wenn ihm keine Mora zur Last fällt.

251) Mühlenbruch und Puchta nehmen wenigstens bei dem Diebe und dem gewaltsamen Besitzer eine unbedingte Haftung für den Casus an. Siehe dagegen Buchka, Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß Bd. 1, S. 209.

kung ausgesprochen wird[252]). Daraus ist aber nicht zu folgern, daß für die gedachte Art der Mora in der fraglichen Beziehung andere Regeln gelten, als für die durch Interpellation begründete Mora, indem auch für die letztere die Regel ebenso allgemein in mehreren Stellen aufgeführt wird. Nimmt man nun troß dieser Stellen, auf welche später zurückzukommen ist, für die durch Interpellation begründete Mora die oben gedachte Beschränkung an, so muß solches auch für die durch Delict begründete Mora geschehen, da es an einem inneren Grunde zu einer abweichenden Behandlung ganz fehlt und vielmehr die inneren Gründe entschieden gegen die erwähnte Ansicht sprechen. Von dem Gesichtspunkte einer Strafe kann hier nicht die Rede sein, da es sich hier nicht um eine Strafe, sondern nur um Entschädigung handelt; auch wird die Verantwortlichkeit des Diebes und des gewaltsamen Besitzers ausdrücklich auf die Mora zurückgeführt[253]). Eben deshalb muß hier bis zum Beweise des Gegentheiles die Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze über die Mora angenommen werden[254]). Die hier über das Tragen der Gefahr von Seiten des säumigen Schuldners angenommene Ansicht ist nicht allgemein anerkannt, wie dies schon erwähnt worden ist. Von jeher haben Viele angenommen, daß die Mora, gleichviel ob sie durch Interpellation begründet ist oder nicht, unbedingt zur Haftung für den demnächst eintretenden Verlust des Gegenstandes der Obligation verpflichte, daß mithin keine Rücksicht darauf zu nehmen sei, ob ein Causalzusammenhang zwischen dem für den Gläubiger eingetretenen Schaden und der Mora sich darthun lasse. Die Vertheidiger dieser Ansicht stützen sich theils darauf, daß in mehreren Stellen die in Frage stehende Wirkung der Mora als eine perpetuatio obligationis bezeichnet wird[255]), theils darauf, daß in einer Reihe von Stellen ganz allgemein der Satz ausgesprochen wird, daß ein nach der Mora erfolgter Untergang der geschuldeten Sache den Schuldner nicht befreie[256]). Die Worte: perpetua fit (perpetuatur) obligatio, welche in mehreren Stellen vorkommen[257]), bezeichnen nichts weiter, als daß ein später eintretender

---

252) Vgl. L. 46. pr. D. 47. 2. L. 7. §. 2. L. 8. pr. L. 16. 20. D. 13. 1. L. 1. §. 34. D. 43. 16. L. 2. C. IV. 8. L. 9. C. VI. 2. L. 7. C. IV. 7.

253) Darauf macht mit Recht aufmerksam Buchka a. a. O. Bd. 1, S. 209.

254) Ein Beweis des Gegentheiles ist aber selbstverständlich aus den Worten der L. 19. D. 43. 16.: plus quam frustrator debitor constitutus est, nicht zu entnehmen und ebensowenig daraus, daß in Ansehung des Zeitpunktes der Schätzung für die durch Delict begründete Mora abweichende Grundsätze gelten, da diese auf einem Grunde beruhen, welcher eine Ausnahme von den Regeln über das Tragen der Gefahr nicht begründen kann. Es wird dies später noch näher erörtert werden.

255) Darauf besonders stützt es Madai, Mora §. 44, S. 271—276. §. 46, S. 284 flg., 296—306. Ihm folgt Heimbach iun. im Artikel Casus Bd. II, S. 585. Siehe dagegen Mommsen, Mora S. 199 flg.

256) Siehe dagegen Wolff, Mora S. 463 flg. und Mommsen a. a. O.

257) L. 31. §. 3 sq. D. 45. 1. L. 24. §. 2. D. 22. 1. L. 58. §. 1. D. 46. 2.

Casus den Schuldner regelmäßig nicht von seiner Verbindlichkeit befreie. Diese Worte widersprechen aber nicht den hier angenommenen Grundsätzen, wie dies namentlich daraus hervorgeht, daß in L. 91. §. 3. D. 45. 1. die perpetuatio obligationis nicht nur als Folge der Mora, sondern ebenso als Folge der Culpa aufgeführt wird, obgleich doch im letzteren Falle die Verpflichtung aufgehoben wird, wenn aus einem später eintretenden Ereignisse sich ergiebt, daß der Schuldner, auch abgesehen von der culposen Rechtsverletzung, die Obligation nicht hätte erfüllen können[258]). Um aus den angeführten Worten Folgerungen zu ziehen, muß man willkürlich in dieselben einen Sinn hineinlegen, der sich nach den Quellen nicht darin finden läßt[259]). Größere Bedeutung haben die Stellen, welche die Regel, daß der Schuldner ungeachtet des späteren Unterganges des Gegenstandes der Obligation verpflichtet bleibe, ganz allgemein hinstellen[260]). In Erwägung, daß es an einer Möglichkeit des Verkaufes selten fehlen wird, läßt sich der allgemeine Ausdruck der Stellen wohl erklären. Auch auf anderen Gebieten kommen genug Beispiele vor, daß die römischen Juristen bei Aufstellung ihrer Regeln nicht immer zugleich die Ausnahmen erwähnt haben. In solchen Fällen sind wenigstens im Sinne der Justinianeischen Compilation diejenigen Stellen, welche die Regel aufstellen, und diejenigen, welche die Beschränkungen der Regel enthalten, mit einander zu verbinden. Schwierigkeit machen bei dieser Vereinigung nur wenige Stellen, nämlich auf der einen Seite L. 25. §. 2. D. 24. 3., wo es heißt, daß der Ehemann, welchem hinsichtlich der Restitution der dos

258) Vgl. Mommsen, Beitr. zum Obligationenrechte Abth. 2, S. 153. Von Stellen, welche den oben aufgestellten Satz beweisen, sind anzuführen: L. 10. §. 1. D. 14. 2. L. 21. D. 18. 4. L. 45. D. 44. 7. L. 61. D. 24. 3. — Ueberhaupt bezeichnet der Ausdruck: perpetuatur obligatio, keinen genau bestimmten Begriff; dies ergiebt sich namentlich aus L. 9. §. 3. D. 12. 2., wo von einer infolge der Litiscontestation eintretenden perpetuatio obligationis die Rede ist, und dadurch nur die Ausschließung der Verjährung bei den Temporalklagen bezeichnet werden soll.

259) Dieser Art ist das von Madai eingeschlagene Verfahren, welcher sich aus dem Worte: perpetuatio einen Begriff bildet, demgemäß die Obligation unter keinen Umständen durch spätere Ereignisse aufgehoben werden kann und dann aus diesem selbst gemachten Begriffe Folgerungen zieht, welche noch weit über die hier vorliegende Frage hinausgehen.

260) Die in diesen Stellen gebrauchten Ausdrücke sind verschieden. Namentlich wird gesagt, daß der Schade den Schuldner treffe, daß er das periculum trage, daß er ungeachtet des Unterganges der geschuldeten Sache hafte, daß die Klage fortdauere, daß der Schuldner in diesem Falle die aestimatio zu leisten habe. Vgl. L. 5. D. 12. 1. L. 25. §. 2. D. 24. 3. L. 39. §. 1. L. 108. §. 11. D. 30. L. 31. pr. D. 46. 2. L. 3. C. VI. 47. Paul. Sent. Lib. V. Tit. 6. §. 8. — L. 7. §. 2. L. 8. pr. L. 15. 20. D. 13. 1. L. 1. §. 34. L. 19. D. 43. 16. L. 1. C. de his, quae vi (II. 19. (20.)) L. 2. C. IV. 8. L. 9. C. VI. 2. — Vgl. auch L. 82. §. 1. D. 45. 1. L. 95. pr. D. 46. 3. — Außerdem kommt eine Reihe von Stellen vor, in welchen es heißt, der Schuldner werde durch den casuellen Untergang der geschuldeten Sache befreit, wenn er nicht im Verzuge sei.

eine Mora zur Last fällt, immer den Schaden ersetzen müsse („omnimodo detrimentum ipse praestabit"), auf der anderen Seite L. 82. §. 1. D. 45. 1., wo der Satz, daß der säumige Schuldner haftet, so ausgedrückt wird: tenetur nihilominus, proinde ac si homo (promissus) viveret, sowie L. 95. pr. D. 46. 3., welche von einer ähnlichen Auffassung auszugehen scheint[261]). Die erste Stelle bezieht sich auf ein bonae fidei iudicium, die rei uxoriae actio; sie ist, obschon der Ausdruck scheinbar jede Ausnahme ausschließt, im Sinne der Justinianeischen Compilation beschränkend zu erklären, da in Bezug auf die bonae fidei actiones die Beschränkungen der Regel in den Quellen ausdrücklich anerkannt sind. Die anderen Stellen handeln von der actio ex stipulatu; sie bieten insofern Schwierigkeit dar, als sie nicht blos allgemein die Haftung aussprechen, sondern zugleich eine ganz bestimmte Haftung als Regel aufstellen, welche nach dem oben Ausgeführten nur in dem Falle eintritt, wenn das schädliche Ereigniß den Gegenstand der Obligation im Falle einer rechtzeitigen Leistung nicht betroffen hätte. Außerdem ist das Ereigniß, welches in den Fällen, die den gedachten Stellen zu Grunde liegen, die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, (der Tod des geschuldeten Sclaven) ein solches, von welchem in der Regel anzunehmen ist, daß es auch im Falle einer rechtzeitigen Leistung den Gegenstand der Obligation betroffen haben würde. Gerade aber der Umstand, daß diese Stellen von der Stipulation handeln und daß keine einzige derjenigen Stellen, welche eine Beschränkung der Regel enthalten, sich auf die Stipulation bezieht, weist, wie Mommsen weiter ausgeführt hat, auf den Weg hin, auf welchem der scheinbare Widerspruch aufzuklären ist. Man kann nämlich aus dem gedachten Umstande einen Schluß auf die allmälige Entwickelung der Lehre von der Mora ziehen. Sehr wahrscheinlich hatte wenigstens bei den Condictionen die Feststellung der zu leistenden aestimatio nach dem Zeitpunkte des Beginns der Mora ursprünglich den Sinn, daß man die Verpflichtung als streng auf diese aestimatio gerichtet ansah, so daß die Ereignisse, welche den ursprünglichen Gegenstand der Obligation später betrafen, keine Berücksichtigung finden konnten. Dafür spricht die Analogie der Litiscontestation, deren Zeitpunkt, wenn keine Mora vorausgegangen war, der Schätzung zu Grunde gelegt wurde, indem hier nach dem älteren Rechte ganz unzweifelhaft der Bestimmung des Zeitpunktes der Schätzung die oben erwähnte Bedeutung beigelegt wurde[262]). Bei den bonae fidei actiones

261) Auch L. 1. C. de his, quae vi (II. 19. (20.)) nach welcher die petitio trotz des nach der Mora erfolgten Unterganges des Gegenstandes der Obligation integra bleiben soll, könnte hierher gezogen werden; das Wort: integra muß aber nicht so verstanden werden, als ob die Haftung vollkommen dieselbe bliebe, mithin in der Weise fortdauere, als wenn der Gegenstand noch geleistet werden könnte.

262) Dafür sprechen Gai. Inst. Comm. IV. §. 114. sowie ferner L. 84. D. 45. 1. L. 12. §. 3. D. 16. 3. L. 8. D. 42. 1. L. 5. D. 42. 2. Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte Abth. 2, S. 199.

war eine solche Auffassung gewiß schon früher weniger allgemein. Es stand hier fest, daß die utilitas temporis zu prästiren sei, und dieser Gesichtspunkt mußte zu Einschränkungen führen. Dennoch finden sich auch hier unter den älteren römischen Juristen verschiedene Ansichten; Einige, wie namentlich Cassius, beschränkten die Haftung auf den Fall, wenn das casuelle Ereigniß den Gegenstand der Obligation im Falle einer rechtzeitigen Leistung nicht betroffen haben würde; Andere scheinen die Haftung für den zufälligen Untergang ohne alle Beschränkung angenommen zu haben. Erst zur Zeit der classischen Juristen kam es zur Feststellung der oben angeführten Beschränkungen. Diese Einschränkungen fanden wohl sehr bald Eingang auch bei denjenigen strengen Klagen, bei welchen gleichfalls die volle utilitas temporis zu prästiren war. Dagegen ist es sehr zweifelhaft, ob nicht die Juristen hinsichtlich der auf ein dare gerichteten Stipulation an den Grundsätzen des älteren Rechtes festhielten. Die Regel, daß die Mora zur Leistung des Zeitinteresse verpflichte, kam, wenn überhaupt, doch wenigstens erst sehr spät bei der auf ein dare gerichteten Stipulation zur Anwendung und hatte jedenfalls zur Zeit der classischen Juristen noch nicht in ihrem vollen Umfange Anerkennung gefunden, wie daraus hervorgeht, daß die Mora bei dieser Stipulation nicht zur Erstattung der Früchte verpflichtete, sondern diese Wirkung erst der Litiscontestation beigelegt wurde[263]). Unter diesen Umständen kann es aber, selbst bei der Annahme, daß die Mora auch hier, abgesehen von den Früchten, zur Erstattung des Interesse verpflichte, sehr zweifelhaft sein, ob die sich daraus nach der hier in Betracht kommenden Richtung ergebenden Consequenzen schon von den römischen Juristen gezogen waren, ehe die römische Rechtswissenschaft selbst in den Zustand der Erstarrung überging. Das besondere Recht der Stipulation, wie der Condictionen überhaupt, ist für uns ohne praktische Bedeutung; jedenfalls sind, welche Grundsätze man auch für die Stipulation annehmen mag, heutzutage die oben aufgestellten Regeln für alle Klagen zur Anwendung zu bringen. Das über den Entwickelungsgang des römischen Rechtes Bemerkte trägt aber zur Erklärung der allgemeinen Fassung, welche man in einigen Stellen findet, bei. Ferner erklärt sich daraus, daß in manchen Stellen die Perpetuation der Obligation als eine einheitliche Wirkung aufgefaßt und in einigen Beziehungen dem Haften für die durch Culpa herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung gleichgestellt wird[264]), obgleich nach dem neueren römischen Rechte eine große Verschiedenheit in Ansehung der Gründe, aus welchen der säumige Schuldner für die nach dem Beginn der Mora eintretende Unmöglichkeit haftet und hinsichtlich der Art und Weise, wie er für dieselbe haftet, stattfindet.

b) Haftung für die Preisveränderung (Zeitpunkt

263) L. 38. §. 7. D. 22. 1.
264) S. namentlich L. 91. §. 3 sqq. D. 45. 1. L. 58. §. 1. D. 46. 1.

der Schätzung). Der Werth eines Gegenstandes kann sich durch eine Veränderung des Gegenstandes selbst, sei solche eine Verbesserung oder Verschlechterung desselben, verändern; eine Veränderung des Werthes ist aber auch ohne Veränderung des Gegenstandes selbst möglich, da im Verkehr außer dem inneren Werthe der Gegenstände noch viele andere Umstände auf den Preis Einfluß haben. Die letztere Preisveränderung ist hier allein zu besprechen [265]). Die Frage nun, inwieweit der Schuldner, welchem eine Mora zur Last fällt, für die in Ansehung des Gegenstandes der Obligation eintretende Preisveränderung haftet, fällt zusammen mit der Frage nach dem Zeitpunkte, welcher der behufs der Feststellung der Entschädigungssumme vorzunehmenden Schätzung zu Grunde zu legen ist. Im allgemeinen geschah die Schätzung nach römischem Rechte bei den Condictionen nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation, bei den bonae fidei Obligationen nach dem Zeitpunkte des Urtheils [266]). Eine wichtige Ausnahme von dieser Regel fand statt bei betagten Obligationen, bei welchen die Schätzung nach der durch die Obligation bestimmten Erfüllungszeit erfolgte [267]). Außerdem sollte die Schätzung bei bedingten Obligationen nach der Zeit der Erfüllung der Bedingung, bei Obligationen auf Leistungen, die sich ihrer Natur nach nicht sogleich beschaffen lassen, nach der Zeit, wo zuerst geklagt werden konnte, erfolgen [268]), also nach der dem Inhalte der Obligation entsprechenden Erfüllungszeit. Es sind nun die Ausnahmen, welche die Mora von jenen Regeln begründet, zu erörtern, und es kommen hierbei vorzugsweise die bonae fidei Obligationen in Betracht, welche für das heutige Recht allein praktische Bedeutung haben. Hierbei ist davon auszugehen, daß die Preisveränderung in einer Erhöhung oder in einer Verminderung des Preises bestehen kann. Hat der Werth des Gegenstandes der Obligation nach dem Verzuge durch ein Steigen der im Verkehr herrschenden Preise sich vermehrt, so ist selbstverständlich der

---

265) S. darüber Savigny, System Bd. 6, §. 275—277. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte Abth. 2, §. 20.

266) L. 3. §. 2. D. 13. 6. L. 22. D. 12. 1. L. 4. D. 13. 3. Zweifelhaft ist die Vereinigung dieser Stellen mit L. 3. D. 13. 3., nach welcher bei den Condictionen das tempus condemnationis zu Grunde gelegt werden soll. Die von Huschke, in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XX, S. 207 vorgeschlagene Lesart: contestationis statt condemnationis würde freilich alle Schwierigkeit heben; sie hat aber keine handschriftliche Auctorität für sich und das Wort: contestatio kommt ohne den Zusatz von litis oder iudicii in der Bedeutung von Litiscontestation nicht vor (s. Savigny, System Bd. 6, §. 257, N. f, S. 12). Savigny a. a. O. §. 276, S. 220 flg. bezieht die condemnatio nicht auf das Urtheil, sondern auf die in der formula enthaltene condemnatio, so daß das tempus condemnationis die Zeit der Ertheilung der Formel, d. h. die Zeit der Litiscontestation wäre. Jedenfalls ist die L. 3. D. 13. 3. nicht geeignet, die oben für die Condictionen aufgestellte und in verschiedenen Stellen anerkannte Regel umzustoßen.

267) L. 22. D. 12. 1. L. 4. D. 13. 3. L. 11. D. 42. 1. Vgl. den Artikel Schade Bd. IX, S. 606.

268) L. 59. 60. D. 45 1.

säumige Schuldner deshalb nicht befugt, sich der Verpflichtung, den Gegenstand in seinem ganzen Umfange zu leisten, zu entziehen. Leistet er nicht, so kann der Kläger fordern, daß der höhere Preis, welchen die Sache zur Zeit des Urtheils hatte, bei der Festsetzung des Interesse berücksichtigt werde; ein Satz, welcher von Paulus so motivirt wird: quoniam saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit[269]. Ist später eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten, so ist gleichfalls die zur Zeit des Urtheils eingetretene Preiserhöhung zu berücksichtigen, wenn es vorliegt, daß das die Unmöglichkeit herbeiführende Ereigniß den Gegenstand der Obligation im Falle einer rechtzeitigen Leistung nicht betroffen haben würde; denn in diesem Falle haftet der Schuldner ebenso wie wenn die Leistung noch erfolgen könnte[270]. Hat hingegen der

---

269) L. 21. §. 3. D. 19. 1. Vgl. auch L. 3. §. 3. eod. Bei den Condictionen kam nicht der Zeitpunkt des Urtheils, sondern nur der der Litiscontestation in Betracht; es ist aber zweifelhaft, ob hier die Schätzung sich nicht allein nach der Zeit des Beginns der Mora richtete, was Madai, Mora §. 48 und Wächter, Erörterungen H. 3, S. 56 annehmen. Die Entscheidungen der Quellen geben keinen sicheren Aufschluß über diese Frage. Zwar heißt es in L. 3. fin. D. 13. 3.: ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio, ohne daß zugleich ein anderer Zeitpunkt erwähnt wird; es läßt sich aber daraus nicht völlig sicher auf eine ausschließliche Berücksichtigung des Zeitpunktes der Mora schließen. Ebensowenig kann man aus den auf die Stipulation sich beziehenden Schlußworten der L. 37. D. 17. 1.: neutri eorum frustratio sua prodesse debet, auf Berücksichtigung der Zeit der Litiscontestation, wenn inzwischen die Preise gestiegen sein sollten, schließen. Für das heutige Recht ist die erwähnte Frage ohne praktische Bedeutung.

270) Nach L. 3. D. 13. 3. scheint die nach dem Untergange der geschuldeten Sache eingetretene Preiserhöhung nicht in Betracht zu kommen, indem dort gesagt wird, daß im Falle des Unterganges der Sache die Zeit, zu welcher dieser Untergang erfolgt sei, der Schätzung zu Grunde gelegt werden müsse. Die Stelle handelt in dem hier in Betracht kommenden Theile zwar nicht von der Mora, sondern von einem durch Culpa herbeigeführten Untergange der Sache; die Haftung des Schuldners für den Untergang der Sache, welcher ohne die Mora nicht erfolgt wäre, steht aber durchaus der Haftung für das Eintreten der durch Culpa herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung gleich. Muß bei der letzteren die Zeit des Eintretens der Unmöglichkeit allein in Betracht gezogen werden, so muß dies auch hinsichtlich der Mora in dem oben erwähnten Falle gelten. Die Benutzung der L. 3. cit. für unsere Frage ist also mit Mommsen für durchaus gerechtfertigt zu halten; auch kommen hier die in der vorigen Note rücksichtlich der Condictionen erwähnten Zweifel nicht in Betracht, weil, abgesehen von der Mora, jedenfalls die Regel gilt, daß bei der Schätzung auf die Zeit der Litiscontestation zu sehen sei. Dennoch ist an dem im Texte aufgestellten Grundsatze festzuhalten; derselbe ergiebt sich daraus, daß der Schuldner im Falle einer verschuldeten Unmöglichkeit fortwährend so haftet, als ob die Beschaffung der Leistung noch möglich wäre. Auch läßt sich die L. 3. cit. ohne Schwierigkeit so erklären, daß sie dem nicht widerspricht. Es kommt nämlich bei der Schätzung einer individuell bestimmten Sache zweierlei in Betracht, erstens die Beschaffenheit dieser bestimmten Sache, sodann der Preis, welchen Sachen dieser Art überhaupt im Verkehr haben. Was das Erstere anlangt, so kann in dem in Frage stehenden Falle eine spätere Zeit als die des Unterganges nicht berücksichtigt werden, weil die Sache später nicht existirt hat, und dies ist es, worauf die L. 3. cit.

Schuldner für den unterbliebenen Verkauf des Gegenstandes zu entschädigen, so kann die nach der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung erfolgte Preiserhöhung keine Berücksichtigung finden, weil damals der Gläubiger den Gegenstand nicht mehr hätte verkaufen können. Der zweite zu betrachtende Fall ist, wenn die nach der Mora eingetretene Preisveränderung in einer Preisverminderung besteht. Dieser Fall steht juristisch dem der Verschlechterung gleich; die Verminderung des Preises ist aber eine Verschlechterung der Sache, zwar nicht nach ihrem inneren Werthe, wohl aber in Hinblick auf das Verhältniß zu anderen Sachen. Die Frage, inwiefern der Schuldner für die Preisverminderung haftet, gestaltet sich aber insofern einfacher, als die unter a. erörterte Frage wegen der Haftung für die Deterioration, weil die Preisverminderung immer eine Verschlechterung des Gegenstandes ist, welche auch bei rechtzeitig erfolgter Leistung eingetreten wäre; sie enthält einen Verlust, welcher vom Gläubiger nur durch Veräußerung des Gegenstandes hätte abgewendet werden können. Legt man die unter a. entwickelten Regeln zu Grunde, so ist anzunehmen, daß der Gläubiger, sofern nicht etwa eine (vom Schuldner zu beweisende) Unmöglichkeit des Verkaufes vorlag, den Werth, welchen die Sache zur Zeit des Beginns der Mora hatte, immer fordern kann, weil er den durch die spätere Verminderung des Preises herbeigeführten Verlust durch einen Verkauf der Sache hätte abwenden können. Daher wird auch in den Quellen anerkannt, daß der Gläubiger den höheren Werth, welchen der Gegenstand der Obligation zur Zeit des Eintrittes der Mora hatte, verlangen kann [271]. Auf die etwa noch vorhandene Möglichkeit der Leistung des Gegenstandes der Obligation wird keine Rücksicht genommen, weil das römische Recht zu der Zeit, aus welcher die hier in Betracht kommenden Entscheidungen herrühren, nur eine Verurtheilung auf Geld kannte. Heutzutage darf der Gläubiger, wenn der Gegenstand der Obligation selbst noch geliefert werden kann, neben dem Gegenstande die Preisdifferenz verlangen. Dabei ist vorausgesetzt, daß der geschuldete Gegenstand nicht ein solcher ist, dem überall kein bestimmter Werth im Verkehr zukommt;

---

auch nach dem Zusammenhange sich vorzugsweise bezieht. Damit ist aber nicht gesagt, daß ein späteres Steigen des Preises, welchen Sachen der fraglichen Art überhaupt im Verkehr haben, nicht berücksichtigt werden soll. Mommsen, Mora S. 206, N. 5.

271) In Ansehung der Condictionen geschieht dies in L. 3. fin. D. 13. 3. L. 37. D. 17. 1. Ebenso ist aber anzunehmen, daß der Kläger auch bei den freien Obligationen im Zweifel eine Schätzung nach dem Zeitpunkte des Beginns der Mora fordern konnte. Für diese Annahme sprechen die im Texte erwähnten allgemeinen Gründe; sie findet überdies durch L. 3. §. 3. D. 19. 1. Unterstützung. Diese Stelle spricht zwar nicht ausdrücklich von der Zeit des Beginns der Mora, sondern von der Zeit der Abschließung des Contractes („tempore, quo venit"); da Pomponius jedoch in der angeführten Stelle, wie deren Anfangsworte ergeben, nur die Folgen der Mora darstellen will, so sind die angeführten Worte wohl nur ein ungenauer Ausdruck für die Zeit des Beginns der Mora.

widrigenfalls kann die bloße Preisverminderung für sich den Gläubiger zu einer Entschädigung nicht berechtigen. War ein Verkauf des geschuldeten Gegenstandes dem Gläubiger nicht möglich, so kann die Preisdifferenz nie verlangt werden, weil der Gläubiger auch bei rechtzeitiger Erfüllung der Obligation den durch die Verminderung des Preises für ihn herbeigeführten Schaden doch nicht hätte abwenden können. Der Gläubiger kann daher der Regel nach, wenn der Preis nach dem Anfange der Mora sich mindert, eine Schätzung nach dem Zeitpunkte des Beginns der Mora, im Falle der späteren Preiserhöhung eine Schätzung nach der Zeit des Urtheils verlangen oder, wie es sich auch ausdrücken läßt, er hat die Wahl zwischen den beiden gedachten Zeitpunkten. Bisher war nur von solchen Fällen die Rede, wo der Preis in der Zeit vom Beginn der Mora bis zum Urtheil sich gleichmäßig nach einer Richtung hin verändert hat. Es können jedoch in diesem Zeitraume Schwankungen im Preise nach verschiedenen Richtungen hin stattgefunden haben, so daß der Gegenstand der Obligation in der Zwischenzeit einen Werth im Verkehr gehabt hat, welcher sowohl den Preis zur Zeit des Anfanges der Mora, als auch den Preis zur Zeit des Urtheils übersteigt. Schließlich fragt sich, ob der Gläubiger in einem Falle der letzten Art den höchsten Werth der Zwischenzeit beanspruchen könne. Für ein solches Recht hat man sich namentlich darauf berufen, daß der Gläubiger den Gegenstand der Obligation gerade in der Zeit, wo er den höchsten Werth hatte, hätte verkaufen können [272]). Zur Unterstützung dieses Grundes läßt sich freilich anführen, daß die bloße Möglichkeit des Verkaufes im Falle einer später eintretenden Unmöglichkeit der Leistung berücksichtigt wird und daß auf demselben Grunde das Recht des Gläubigers beruht, den Preis, welchen der geschuldete Gegenstand zur Zeit des Beginns der Mora hatte, zu fordern. Dennoch ist diese Begründung ungenügend. Denn daraus, daß man in den Fällen einer später eintretenden Unmöglichkeit der Leistung, in welchen der Gläubiger sonst häufig gar keine Entschädigung erlangt haben würde, eine Ausnahme von den für die Berechnung des Interesse geltenden Regeln angenommen hat, folgt nicht, daß dieser Ausnahme eine so weite Ausdehnung gegeben worden ist, wie die Vertheidiger der in Frage stehenden Ansicht behaupten. Die Rechte des Gläubigers dem säumigen Schuldner gegenüber sind auch ohne diese Ausdehnung genügend gesichert. Ueberdies führen die in den Quellen enthaltenen Entscheidungen, abgesehen von einigen auf das furtum bezüglichen Stellen, welche, wie später zu zeigen ist, eine allgemeine Regel zu begründen nicht geeignet sind, nur auf eine Wahl zwischen den beiden oben erwähnten Zeitpunkten, dem Zeitpunkte des Beginns der Mora und dem Zeitpunkte des Urtheils [273]). Das Resultat ist folgendes. Der

---

272) Siehe z. B. Wolff, Mora S. 456.

273) Buchka, Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß Bd. 1, S. 187 flg. begründet die im Texte bestrittene Ansicht auf andere Weise.

Gläubiger hat, wenn es sich um den der Schätzung zu Grunde zu legenden Zeitpunkt handelt, die Wahl zwischen dem Zeitpunkte des Beginns der Mora und dem Zeitpunkte des Urtheils[274]). An die Stelle des letzteren Zeitpunktes tritt, wenn die Leistung später durch ein Ereigniß, welches den Gegenstand auch ohne die Mora des Schuldners betroffen haben würde, unmöglich geworden ist, der Zeitpunkt des Eintrittes der Unmöglichkeit der Leistung[275]). Diese Regeln sind jedoch nur dann anwendbar, wenn es ungewiß ist, ob der Gläubiger im Falle rechtzeitiger Erfüllung der Obligation einen günstigeren Zeitpunkt aus der Zwischenzeit zum Verkaufe benutzt hätte. Kann der Gläubiger darthun, daß er zu einer solchen günstigeren Zeit zu verkaufen beabsichtigte und nur durch die Mora des Schuldners daran gehindert ist, so kann er nach den allgemeinen Grundsätzen über das Interesse den höheren Preis dieser bestimmten Zeit beanspruchen. Das letztere enthält keine wahre Ausnahme von den aufgestellten Regeln; dagegen muß eine solche für die durch Delict begründete Mora anerkannt werden. Vom Diebe wird ausdrücklich gesagt, daß derselbe den höchsten Werth der Zwischenzeit zu vergüten habe („id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit") und als Grund dieser Bestimmung wird angegeben: semper enim moram fur facere videtur[276]). Es wird, wenn auch nur Einmal wegen des furtum geklagt werden kann, doch so angesehen, als ob der Dieb in jedem

---

hätte der Schuldner, sagt er, in dem Zeitpunkte der Zwischenzeit, wo der Gegenstand der Forderung den höchsten Werth hatte, seine Schuldigkeit gethan, so wäre er durch die Leistung um diesen Werth ärmer geworden, während er, wenn die Preise der Zwischenzeit nicht berücksichtigt werden, infolge seiner längeren Zögerung sich durch Leistung eines geringeren Werthes befreien kann. Hieraus wird nun gefolgert, daß die Fortsetzung der Mora nach der Zeit des höchsten Werthes dem Schuldner Vortheil bringen würde, wenn auf jenen höchsten Werth bei seiner Verurtheilung keine Rücksicht genommen werden sollte; ein solches Resultat sei aber gegen die Bestimmung der L. 27. fin. D. 17. 1. Gegen diese Schlußfolgerung ist mit Mommsen, Mora §. 21, N. 10, S. 209 flg. Folgendes zu erinnern. Deshalb, weil durch die Leistung, wenn der Schuldner früher geleistet hätte, ein größerer Geldwerth aus seinem Vermögen herausgegangen sein würde, läßt sich noch nicht sagen, daß die Fortsetzung der Mora dem Schuldner zum Vortheile gereicht; vielmehr hängt die Beantwortung dieser Frage davon ab, ob die in dem Werthe des geschuldeten Gegenstandes eingetretene Differenz auch wirklich dem Vermögen des Schuldners zu Gute gekommen ist. Das Letztere tritt aber gewiß nur in sehr seltenen Fällen ein und muß man auch in solchen Fällen dem Gläubiger das Recht zugestehen, statt des Interesse die Bereicherung des Schuldners in Anspruch zu nehmen, so wird doch dadurch für die von Buchka aufgestellte Ansicht nichts bewiesen.

274) Dieser Ansicht sind Madai, Mora §. 48. Savigny, System Bd. 6, §. 275 flg. Mommsen, Mora S. 210.

275) Mit Bezug auf diesen Zeitpunkt muß jedoch die Bemerkung Ulpian's in L. 3. D. 13. 3. berücksichtigt werden: Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed ἐν πλάτει, secundum Celsum, erit spectandum: non enim debet novissimum vitae tempus aestimari, ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifere vulnerato.

276) L. 8. §. 1. D. 13. 1.

Augenblicke, in welchem er die entwendete Sache dem Bestohlenen vorenthält, von neuem sich des von ihm verübten Diebstahles schuldig mache, als ob also auch seine Mora in jedem Augenblicke von neuem beginne [277]). Daraus folgt aber, daß der Gläubiger hier den günstigsten Zeitpunkt der Zwischenzeit wählen kann, weil auch dieser ein Anfangspunkt der Mora ist [278]). Dieser für die condictio furtiva geltende Grundsatz gilt auch bei der actio rerum amotarum [279]); auch ist er wohl auf die übrigen Fälle einer durch Delict begründeten Mora auszudehnen, da derjenige, welcher sich durch Gewalt in den Besitz einer Sache gesetzt hat, hinsichtlich der Mora im allgemeinen dem Diebe gleichgestellt wird [280]). Die besondere Motivirung bei dem furtum ergiebt aber, daß es nicht zu rechtfertigen ist, wenn aus den auf die durch Delict begründete Mora bezüglichen Entscheidungen der Quellen eine allgemeine Regel abzuleiten versucht worden ist. Schließlich ist noch das Verhältniß zu untersuchen, in welchem die für die Mora geltenden Bestimmungen zu den sonstigen Ausnahmen stehen, welche im römischen Rechte von den für die Schätzungszeit aufgestellten allgemeinen Regeln gemacht werden. Den hauptsächlichsten Fall bilden hier die betagten Obligationen, bei welchen nach römischem Rechte die Schätzung nach der bestimmten Erfüllungszeit geschah. Nicht erweislich ist, daß die abweichende Bestimmung des Zeitpunktes der Schätzung bei diesen Obligationen auf der Annahme einer ohne Interpellation begründeten Mora beruhe. Ueber den in diesen Fällen der Mora beizulegenden Einfluß äußern sich die Quellen nicht. Auch hat dies für das heutige Recht keine praktische Bedeutung. Nach der zu rechtlicher Geltung gelangten Ansicht der Glossatoren und ihrer Nachfolger galt die Bestimmung des Zeitpunktes der Schätzung bei betagten Obligationen nur als eine Folge der mit dem dies eintretenden Mora. Es läßt sich daher nach heutigem Rechte der Beifügung des dies nur insofern ein Einfluß auf die Feststellung des Zeitpunktes der Schätzung zuschreiben, als mit dem dies zugleich eine Mora eintritt; und es hat dann der Gläubiger nach den oben aufgestellten Regeln die Wahl zwischen dem in der Obligation bestimmten Erfüllungstage und dem Zeitpunkte des Urtheils. Ein selbstständiger Einfluß auf die Feststellung des Zeitpunktes der Schätzung kann der Beifügung des dies nach heutigem Rechte nicht beigelegt werden [281]). In

277) Vgl. L. 50. pr. D. 47. 2.: qua et tunc furtum eius factum esse verius est. L. 20. D. 13. 1.: videtur, qui primo invito domino rem contractaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.

278) Siehe Madai a. a. O. S. 317 flg. Savigny, System Bd. 6, S. 213 flg. Mommsen, Mora S. 210, 211.

279) L. 29. D. 25. 2.

280) S. L. 1. §. 34. D. 43. 16. L. 1. C. de his, quae vi (II. 19. (20.))

281) Anders verhält es sich bei den Obligationen, welche nur zu einer bestimmten Zeit, weder früher noch später erfüllt werden können; bei ihnen kann, wenn die Zeit genau bestimmt ist, nach dem früher Bemerkten von einer Mora keine Rede sein. Ist die Leistung zwar eine solche, daß sie nicht nach einer be-

Ansehung der Bestimmungen, welche nach L. 59. 60. D. 45. 1. für die bedingten Obligationen und für Obligationen auf Leistungen, deren Beschaffung einen gewissen Zeitraum erfordert, hinsichtlich des Zeitpunktes der Schätzung gelten, trifft das rücksichtlich der betagten Obligationen Bemerkte nicht zu, weil der Erfüllung der Bedingung und dem Ablaufe des tempus tacite adiectum nicht, wie dem Ablaufe des ausdrücklich bestimmten Zahlungstermines, die Wirkung der Interpellation beigelegt ist. Einestheils ist es aber ungewiß, ob die Vorschriften der angeführten Stellen auch für bonae fidei Obligationen galten; anderntheils beruhten sie wohl auf einer Ausdehnung der für die betagten Obligationen geltenden Grundsätze, so daß sie mit dem Wegfalle der letzteren ihre eigentliche Grundlage verloren haben. Der Gläubiger hat auch bei den hier in Frage stehenden Obligationen nur die Wahl zwischen dem Zeitpunkte des Beginns der Mora und dem Zeitpunkte des Urtheils; dagegen kommt der Zeitpunkt der Erfüllung der Bedingung und des Ablaufes des tempus tacite adiectum heutzutage bei der Schätzung nicht mehr in Betracht. c) Haftung für die in Ansehung des Gegenstandes der Obligation eingetretene Ortsveränderung — Ort der Schätzung. Ortsinteresse. Wie eine und dieselbe Sache ohne Veränderung des inneren Werthes zu verschiedenen Zeiten im Verkehr einen verschiedenen Preis haben kann, so können auch die Preise für Sachen derselben Art und desselben inneren Werthes an verschiedenen Orten verschieden sein. Schon deshalb kann es für den Kläger Bedeutung haben, an welchem Orte zu erfüllen ist und welcher Ort bei der Schätzung zu Grunde zu legen ist. Aber nicht blos der Verkehrswerth, sondern auch der Werth, welchen der geschuldete Gegenstand speciell für den Gläubiger hat, kann an verschiedenen Orten verschieden sein; der Gläubiger kann neben dem Interesse, welches er daran hat, den geschuldeten Gegenstand überhaupt zu erhalten, noch ein besonderes Interesse daran haben, daß derselbe ihm gerade an einem bestimmten Orte geleistet werde. In dem Vorigen unter b., wo von dem Zeitpunkte der Schätzung die Rede war, ist nur von dem im Verkehr dem geschuldeten Gegenstande zukommenden Werthe gesprochen worden, ohne Berücksichtigung des besonderen Werthes, welchen der geschuldete Gegenstand gerade zu dieser oder jener Zeit für den Gläubiger haben kann. Hier ist des Zusammenhanges wegen auch der letztere Werth zu berücksichtigen und somit das ganze Ortsinteresse, soweit es mit der Lehre von der Mora in Verbindung steht, zu betrachten. Das Verständniß der im römischen Rechte in dieser

stimmten Zeit beschafft werden kann, aber doch nicht in der Weise an eine bestimmte Zeit gebunden, daß eine Mora ausgeschlossen wäre, so kann zwar ein späterer Zeitpunkt als der, zu welchem die Leistung noch wirksam vorgenommen werden konnte, nicht zu Grunde gelegt werden; der Gläubiger hat aber im Falle einer Mora des Schuldners die Wahl zwischen dem letzten Zeitpunkte und dem Zeitpunkte des Beginns der Mora.

Beziehung aufgestellten Regeln wird besonders dadurch erschwert, daß die Bestimmungen des römischen Rechtes über den Erfüllungsort der Obligation, welche die nothwendige Grundlage für die hier in Betracht kommenden Regeln bilden, nicht so vollständig und klar vorliegen, wie dies zu wünschen wäre. Es bedarf indessen hier nicht erst der Angabe dieser Bestimmungen, da diese schon an einem anderen Orte dieses Werkes erfolgt ist[282]). Es ist nur die Frage zu beantworten, welcher Einfluß der nach dem Eintritte der Mora erfolgten Entfernung des Gegenstandes der Obligation von dem Orte, wo derselbe sich bisher befand, beizulegen sei, und wie im Falle der Mora der Ort für die Schätzung und für die Berechnung des Interesse bestimmt werden müsse. Hierbei ist abzusehen von dem Falle, wo die Leistung ihrer Natur nach an einen bestimmten Ort gebunden ist, indem ein Zweifel hier nicht möglich ist. Im übrigen sind zwei Fälle zu unterscheiden: 1) Es ist ein bestimmter Erfüllungsort durch den Vertrag oder die letztwillige Verfügung bestimmt. Hier ist es unzweifelhaft, daß auch im Falle der Mora die Schätzung immer nach Maßgabe der Preise dieses Ortes erfolgen sowie daß das Interesse des Klägers ausschließlich nach diesem Orte berechnet werden muß, gleichviel ob dort geklagt ist oder nicht[283]). Ist der geschuldete Gegenstand nach dem Beginne der Mora, sei es auch ohne ein Verschulden von Seiten des Schuldners, an einen anderen Ort gelangt, so kann dies dem Schuldner nicht zu Statten kommen. Er hat die Transportkosten immer zu tragen, wie dies ihm ja auch dann obliegen würde, wenn ihm keine Mora zur Last fiele; auch kann er sich regelmäßig der Erstattung des Schadens, welchen die durch den erwähnten Umstand bewirkte längere Verzögerung der Leistung dem Gläubiger verursacht hat, nicht durch die Berufung auf eine zeitweilige Unmöglichkeit der Leistung entziehen, weil hier fast stets die Einwirkung von Ereignissen in Frage sein wird, welche den Gegenstand im Falle einer rechtzeitigen Erfüllung der Obligation nicht betroffen haben würden. 2) Es ist kein bestimmter Erfüllungsort festgesetzt. Es sind nur die hauptsächlichsten Fälle hervorzuheben. Betrachtet man a) den Fall, wenn die Obligation auf Leistung fungibler Sachen gerichtet ist, so kann hier von einer Ortsveränderung nicht die Rede sein. Hat Jemand z. B. vier Fässer Brundusischen Weins verkauft und auch allen Wein, den er selbst zu Brundusium hatte, nach seinem Wohnorte geschafft, so ist doch in Ansehung des Gegenstandes der Obligation keine Ortsveränderung eingetreten, weil die Obligation ja überhaupt keine bestimmten Fässer mit Wein zum Gegenstande hatte. Insofern nun die Obligation für den Fall, daß eine Klage erhoben ist, unbedingt am Klageorte erfüllt werden muß, ist nach den Bestimmungen des römischen Rechtes anzunehmen, daß die Schätzung und die Berechnung des Interesse lediglich nach die-

---

282) Vgl. den Artikel Solutio Bd. X, S. 356—362.
283) L. 2. §. 8. D. 13. 4.

sem Orte erfolgen kann. Dagegen ist allerdings fraglich, nach welchem Orte die Schätzung und die Berechnung des Interesse erfolgen soll, wenn, wie in dem angeführten Beispiele, der Klageort nicht schlechthin als Erfüllungsort gilt. Am natürlichsten wäre es, wie überhaupt, so namentlich auch hier, wenn dem Kläger nur das Recht eingeräumt würde, welches er daran hatte, daß zur rechten Zeit an dem nach dem Inhalte der Obligation anzunehmenden Erfüllungsorte geleistet wäre. Das römische Recht giebt jedoch in diesem Falle dem Kläger das Recht, zu wählen, ob der Schätzung der obligationsmäßige Erfüllungsort oder der Klageort zu Grunde zu legen sei. Dies wird in einer Stelle ausdrücklich anerkannt[284]). Es wird hier zwar von dem „locus, quo venit" gesprochen, doch ist ohne Zweifel, also wenn man den in L. 3. §. 4. fin. D. 19. 1. erwähnten Fall zu Grunde legt, Brundusium gemeint. Es handelt sich aber darum, wie diese Entscheidung zu erklären sei. Die Schriftsteller über die Mora, welche die gedachte Bestimmung erwähnen, berühren diese Frage gar nicht. Dennoch versteht sich die Entscheidung nicht von selbst; ein innerer Grund ist nicht vorhanden, weshalb in dem hier fraglichen Falle nicht ebenso wie in dem Falle, wenn ein bestimmter Erfüllungsort ausbedungen ist, die Schätzung allein nach dem Erfüllungsorte sich richten soll. Der Grund der Entscheidung kann nur darin gefunden werden, daß das römische Recht die Befugniß des Beklagten, an einem anderen als dem Klageorte zu leisten, als eine ausnahmsweise Begünstigung betrachtet und wegen der in der Mora liegenden Verschuldung als verwirkt ansieht. Zugleich geht aus dieser Entscheidung hervor, daß wenigstens in dem Falle der in der Note angeführten Stelle (L. 3. §. 3. D. 19. 1.) die Befugniß des Beklagten, an einem anderen Orte zu leisten, nicht als eine einseitige Begünstigung desselben sich auffassen läßt, indem die dem Kläger eingeräumte Wahl nur dadurch gerechtfertigt werden kann, daß ihm zugleich das Recht zusteht, die Erfüllung, wenn er dies vorzieht, an dem anderen Orte zu verlangen. Weiter ist aber auch die Entscheidung selbst nicht ganz klar. Daß der Kläger, wenn er den eigentlichen Ort der Erfüllung als Grundlage für die Schätzung wählt, bestimmen kann, ob er die Schätzung nach dem Zeitpunkte des Beginns der Mora oder nach dem Zeitpunkte des Urtheils vorgenommen wissen will, versteht sich von selbst; er kann ohne Zweifel verlangen, daß ihm dasjenige Interesse geleistet werde, welches er daran hatte, daß die Obligation zu rechter Zeit an diesem Orte erfüllt worden wäre. Ebensowenig kann bezweifelt werden, daß der Kläger, wenn er den Ort der Klage vorzieht, den Werth, welchen der geschuldete Gegenstand gegenwärtig am Orte der Klage für ihn hat, verlangen kann.

---

284) L. 3. §. 3. D. 19. 1. von Pomponius: Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderetur, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur: item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agitur.

Dagegen fragt es sich, ob der Kläger, wenn ihm dies günstiger ist, den Werth verlangen kann, welchen der Gegenstand zur Zeit des Anfanges der Mora am Orte der Klage hatte oder gar das Interesse, welches er daran hatte, daß zu dieser Zeit die Leistung am Orte der Klage bewirkt worden wäre. An sich erscheint ein solches Verlangen nicht gerechtfertigt, da der Beklagte von vornherein verpflichtet war, an diesem Orte zu leisten, ja in vielen Fällen nicht einmal im voraus wissen konnte, an welchem Orte der Kläger klagen werde. Dennoch ist es zweifelhaft, ob die römischen Juristen, welche in denjenigen Fällen, in denen nur der Ort der Klage der Schätzung zu Grunde gelegt werden konnte, dem Kläger einen Anspruch auf das Interesse einräumen mußten, welches er daran hatte, daß die Leistung zur Zeit des Beginns der Mora am Orte der Klage beschafft wäre, nicht für unseren Fall dasselbe angenommen haben. b) Ist die Obligation auf Leistung individuell bestimmter Sachen gerichtet, so kann der Kläger, wenn die Sache ohne Verschuldung des Beklagten sich an einem anderen Orte als dem Orte der Klage befindet, der Regel nach die Erfüllung an dem Orte der Klage nur dann verlangen, wenn er die Kosten des Transportes übernimmt; versteht er sich nicht zu deren Uebernahme, so muß er sich damit begnügen, daß die Sache ihm an dem Orte, wo sie sich befindet, geleistet werde[285]). Wird nun die Sache nach dem Anfange der Mora von diesem Orte entfernt, sei es auch ohne eine Verschuldung des Schuldners, so muß derselbe nach dem unter 1. Bemerkten den Schaden tragen, welcher dem Gläubiger durch diese Entfernung der Sache erwachsen ist. Der Schuldner muß, und zwar auf seine Kosten, die Sache an dem Orte leisten, wo sie zur Zeit des Anfanges der Mora war[286]); auch haftet er für das Interesse, welches der Gläubiger daran hatte, daß die Sache ihm zur rechten Zeit an diesem Orte geleistet wäre. Außerdem aber kann der Gläubiger, wenn er es vorzieht, verlangen, daß die Sache ihm an dem Orte der Klage geleistet werde oder daß die Schätzung nach Maßgabe dieses Ortes geschehe[287]). Nach Analogie der L. 3. §. 3. D. 19. 1. ist dem Gläubiger dieses Recht selbst für den Fall einzuräumen, daß die geschuldete Sache nicht von dem Orte entfernt ist, wo sie sich zur Zeit des Anfanges der Mora ohne ein Verschulden des Schuldners befand. Die zu dem Falle unter a. gemachten Bemerkungen über die nach dem Orte der Klage vorzunehmende Schätzung leiden auch auf die hier fraglichen Fälle Anwendung[288]). Wendet man sich nun zu der Frage, ob die erwähn-

285) Vgl. den Artikel Solutio Bd. X, S. 358—360.

286) Hieraus folgt die Verpflichtung des Diebes, welcher sogleich mit Vollendung des Delictes in Mora versetzt wird, die entwendeten Sachen an den Ort zurückzubringen, wo er sie genommen hat, sollte auch später die Sache von dem Orte, wohin er sie gebracht hat, ohne seinen Willen entfernt sein.

287) Analogische Anwendung finden hier L. 11. §. 1. fin. D. 10. 4. L. 38. D. 5. 1. L. 47. pr. D. 30. L. 12. D. 6. 1.

288) Im Obigen ist vorausgesetzt, daß der Gläubiger auch in diesen Fällen

ten Bestimmungen des römischen Rechtes noch heutzutage anwendbar seien, so ist diese Frage in Ansehung der Vorschriften, welche sich auf den Fall einer durch den Vertrag oder die letztwillige Verfügung erfolgte ausdrückliche Bestimmung des Erfüllungsortes beziehen, ohne Zweifel zu bejahen. Dagegen hängt die unbeschränkte Anwendbarkeit der auf den zweiten Fall bezüglichen Bestimmungen des römischen Rechtes davon ab, ob die Regel, daß die Obligation am Orte der Klage zu erfüllen ist, auch heutzutage in derselben Allgemeinheit gilt. Die gedachte Regel ist nicht ausreichend, da sie keinen Aufschluß darüber gewährt, wo ohne Klage erfüllt werden kann. Das Letztere muß man deshalb wissen, weil sich sonst nicht beurtheilen läßt, ob im einzelnen Falle die Erfordernisse einer wirksamen Obligation vorhanden sind. Die Hinweisung auf den Ort der Klage hilft hier schon deshalb nichts, weil häufig der Kläger eine Wahl zwischen verschiedenen zulässigen Klageorten hat. Es sind also andere Bestimmungen für den Fall einer ohne Klage geschehenden Erfüllung nothwendig. Daß es dennoch an bestimmten Regeln im römischen Rechte fehlt, beruht wohl darauf, daß die römischen Juristen keine durchgreifende Regel für diese Fälle anerkannt haben, daß sie vielmehr die Entscheidung über den Ort, wo ohne Klage erfüllt werden kann, je nach der Natur der einzelnen Obligationen und nach den im Einzelfalle obwaltenden besonderen Umständen fällten. An einzelnen Andeutungen aber fehlt es in den Quellen nicht[289]). Es ist demnach anzunehmen, daß, auch wenn keine ausdrückliche Bestimmung über den Erfüllungsort getroffen ist, sich doch in jedem einzelnen Falle ermitteln läßt, wo der Schuldner auch vor Erhebung der Klage von Seiten des Gläubigers erfüllen kann, und der Gläubiger die Annahme nicht verweigern darf, ohne sich mit dem Vorwurfe der Mora zu beladen. Es verlangt dieses das praktische Bedürfniß. Daß das römische Recht diesem Orte, sowie der Gläubiger die Klage erhoben hat, einen anderen

---

ein Recht hat, die Leistung auch an dem Orte, wo die zu leistende Sache sich ohne Verschulden des Schuldners findet, zu fordern. Wenn man die Befugniß des Beklagten, in den hier fraglichen Fällen die Leistung an dem zuletzt gedachten Orte zu beschaffen, als eine einseitige Begünstigung desselben betrachtet, welcher kein Recht des Klägers gegenübersteht, so kann bei der Schätzung und der Berechnung des Interesse, sofern es der säumige Schuldner hat zur Klage kommen lassen, nur der Ort der Klage Berücksichtigung finden.

289) So scheint z. B. bei dem Commodatum angenommen zu sein, daß der Commodatar die geliehenen Sachen dem Commodanten zurückbringen muß; es entspricht dies auch der Natur des eine Liberalität des Commodanten enthaltenden Geschäftes; s. L. 12. §. 1. D. 13. 6. Dagegen liegt bei dem Depositum dem Schuldner eine solche Verpflichtung nicht ob; ja selbst wenn der Depositar ausdrücklich versprochen hat, die deponirte Sache an einem anderen Orte, als wo sie sich befindet, zurückzugeben, gilt als Regel, daß der Gläubiger die Transportkosten zu tragen hat; L. 12. pr. D. 16. 3. Ueberdies beruhen die oben angegebenen Abweichungen von der Regel, daß die Obligation am Orte der Klage zu erfüllen sei, auf einer ausnahmsweisen Berücksichtigung des, abgesehen von der Einleitung eines Processes, anzunehmenden Erfüllungsortes.

Ort substituirt, wird sich kaum durch innere Gründe rechtfertigen lassen; insbesondre ist nicht einzusehen, welche innere Gründe sich dafür anführen lassen, daß es bei dem Vorhandensein mehrerer Gerichtsstände in der Willkür des Gläubigers stehen soll, an welchem Orte er die Erfüllung beschafft wissen will. Haben die römischen Juristen dieses dennoch angenommen, so ist die Veranlassung wohl in dem Grundsatze des älteren Rechtes zu suchen, daß nur am Erfüllungsorte geklagt werden könne; ein Grundsatz, welcher, wenn durch den Vertrag ein bestimmter Erfüllungsort festgesetzt war, dahin führte, daß die Klage nur an diesem Orte zugelassen wurde, und welcher, wo eine solche jeden Zweifel ausschließende vertragsmäßige Bestimmung nicht vorhanden war, leicht dahin führen konnte, die Erfüllung am Klagorte für nothwendig zu halten. Für die Zulässigkeit der Annahme des Zusammenhanges unserer Regel mit dem eben erwähnten Grundsatze spricht die Entscheidung des Scävola in L. 2. §. 3. D. 13. 4.[290]). Der Grundsatz, daß die Klage an dem Erfüllungsorte erhoben werden muß, ist ausdrücklich für die strengen Klagen anerkannt. Bei den bonae fidei actiones wurde an der nothwendigen Identität des Proceßortes mit dem Erfüllungsorte nicht so festgehalten; man ließ, selbst wenn ein bestimmter Erfüllungsort verabredet war, die Klage an einem anderen Orte zu[291]). Dies scheint man aber nicht als etwas in der Natur der Sache begründetes, sondern als eine durch den freien Charakter dieser Klagen ermöglichte Ausnahme betrachtet zu haben. So erklärt es sich, daß auch hier die Regel, nach welcher die Erfüllung am Orte der Klage geschehen soll, angenommen wurde, daß man aber zugleich für diese Klagen sehr erhebliche Ausnahmen von der Regel zuließ und auf diesem Wege für viele Fälle eine Berücksichtigung des der Natur des Geschäftes entsprechenden Erfüllungsortes möglich machte. Geht man hiervon aus, so kann es zweifelhaft erscheinen, ob die Regel, daß die Erfüllung am Orte der Klage geschehen soll, noch gilt, da unsere heutige Anschauung von der dieser Regel zu Grunde liegenden Anschauung völlig abweicht. Mommsen ist daher, wohl mit Recht, der Ueberzeugung, daß die gedachte Regel für das heutige Recht keine praktische Bedeutung hat, und glaubt, daß dieses selbst dann anzunehmen sei, wenn man auch die obige Ableitung der Regel für zweifelhaft hält, weil es der heutigen Rechtsanschauung durchaus widerspreche, dem einseitigen Factum der Klagerhebung einen

---

290) In diesen Stellen wird für den Fall, daß der Schuldner versprochen hat, an dem einen oder dem anderen Orte zu zahlen, dem Schuldner bis zur Einleitung des Processes die Wahl verstattet, wo er leisten will. Dagegen steht dem Gläubiger die Wahl zu, wo er klagen will und nach erhobener Klage muß der Schuldner am Orte der Klage leisten. Daß hier aber der Gläubiger durch die Erhebung der Klage dem Schuldner das Recht entziehen konnte, an einem anderen Orte zu leisten, wird allein aus dem Grundsatze abgeleitet, daß die Klage nur an dem Erfüllungsorte angestellt werden könne.

291) Vgl. den Artikel Solutio Bd. X, S. 362.

solchen bestimmenden Einfluß auf die Gestaltung der Verbindlichkeit einzuräumen, und weil es der Bestimmung des römischen Rechtes nicht gelungen sei, sich gegen diese Rechtsanschauung eine praktische Geltung zu verschaffen. Damit steht nicht in Widerspruch, daß auch jetzt noch sehr häufig dem Beklagten auferlegt wird, am Orte der Klage zu leisten. In den meisten Fällen ist es dem Beklagten nur darum zu thun, die Klage abzuwenden, während er, wenn dies nicht möglich ist, kein Interesse daran hat, ob er an diesem oder an einem anderen Orte leisten soll. Hat aber der Gläubiger ohne Beifügung eines bestimmten Ortes auf Verurtheilung angetragen und der Beklagte gleichfalls nichts hinsichtlich des Ortes erinnert, so wird selbstverständlich die Verurtheilung auf Vornahme der Leistung am Orte der Klage gerichtet[292]). Nimmt man nun an, daß die Regel des römischen Rechtes, nach welcher die Erfüllung der Obligation, wenn ein Rechtsstreit eingeleitet worden ist, am Orte der Klage geschehen soll, jetzt nicht mehr gilt, so kann auch im Falle der Mora dem Gläubiger nicht das Recht zugestanden werden, wenn eine ausdrückliche Bestimmung über den Erfüllungsort nicht vorhanden ist, eine Schätzung nach dem Orte der Klage zu verlangen, da dieses Recht allein auf der gedachten Regel beruht, also auch mit dieser in Wegfall kommen muß. Der Kläger kann daher, ebenso wie in dem Falle einer ausdrücklichen Bestimmung des Erfüllungsortes, nur das Interesse fordern, welches er daran hatte, daß die Obligation zu rechter Zeit an dem Orte erfüllt wäre, wo die Erfüllung hätte geschehen sollen. Selbstverständlich kann eine nach dem Anfange der Mora hinsichtlich der geschuldeten Sache eingetretene Ortsveränderung dem Schuldner im allgemeinen nicht zu Statten kommen.

2) Verpflichtungen, welche nicht bedingt sind durch Veränderungen, welche in Ansehung des Gegenstandes der Obligation sich ereignet haben. a) Früchte. Die Mora verpflichtet den Schuldner, dem Gläubiger das Interesse zu leisten, welches dieser daran hatte, daß die Obligation zu rechter Zeit erfüllt wäre. Eben deshalb ist selbst dann, wenn sich der Gegenstand der Obligation noch vollständig leisten läßt und keine Preisverminderung erlitten hat, die Verpflichtung des Schuldners nicht beschränkt auf die Leistung des geschuldeten Gegenstandes, sofern durch die Mora dem Gläubiger ein sonstiger Schaden erwachsen ist. Dieser Schaden kann auf sehr verschiedenen Umständen beruhen, auch seinem Gegenstande nach sehr verschiedenartig sein. Von besonderer Bedeutung sind hier die Erweiterungen, welche zu dem ursprünglichen Gegenstande der Obligation während der Dauer der Mora hinzutreten können und dem Gläubiger im Falle einer rechtzeitigen Erfüllung zu Gute gekommen wären, und zwar

292) Außerdem ist, wenn die Klage auf das Interesse geht, dieses regelmäßig am Orte der Klage zu leisten; der Betrag des Interesse muß aber nach dem Erfüllungsorte der Obligation berechnet werden.

unter denselben vorzugsweise die Früchte und Zinsen, weil hinsichtlich dieser besondere Regeln gelten [293]). Zunächst ist von der Erstattung der Früchte zu handeln. Hier müssen drei Fragen beantwortet werden; erstens, bei welchen Obligationen, zweitens, in welchem Umfange, drittens, für welche Zeit die Erstattung der Früchte gefordert werden kann. Hinsichtlich der ersten Frage stellt das römische Recht folgende Regeln auf [294]): 1) Bei allen freien Obligationen verpflichtet die Mora zur Erstattung der Früchte. Bei den bonae fidei Obligationen war häufig nicht einmal eine Mora des Schuldners zur Begründung eines Anspruches des Gläubigers auf Erstattung der Früchte nöthig, und darin liegt vielleicht der Grund, daß sich in keiner Stelle der Quellen die Regel, daß die Mora zur Erstattung der Früchte verpflichtet, ausdrücklich und allgemein mit Bezug auf diese Obligationen bestätigt findet. Dennoch ist die gedachte Regel gerade in dieser Anwendung über allen Zweifel erhoben. Theils ergiebt sie sich aus dem allgemeinen Ausspruche des Paulus [295]): In ceteris quoque bonae fidei iudiciis fructus omnimodo praestantur; theils kann man dafür anführen, daß die Zinsen mit Bezug auf die bonae fidei Obligationen den Früchten allgemein gleichgestellt werden [296]), daß aber die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen als Folge der Mora bei den bonae fidei Obligationen sowohl im Allgemeinen, als auch mit Bezug auf die einzelnen Obligationen ausdrücklich anerkannt ist [297]). Ueberdies findet sich hinsichtlich des Depositum die ausdrückliche Bemerkung, daß vom Anfange der Mora an die Früchte zu leisten sind [298]). Die für die bonae fidei Obligationen anzunehmende Regel gilt auch für die übrigen freien Klagen. Namentlich für die Fideicommisse wird sie in mehreren Stellen ausdrücklich anerkannt, und hatte auch hier besondere Bedeutung, weil vor dem Anfange der Mora der Schuldner keine Verpflichtung zur Erstattung der Früchte hatte [299]). Ebenso wird sie anerkannt für die prätorischen Klagen aus Delicten, welche eine Mora begründen, nämlich für die actio quod metus

293) Ueber die Begriffe, von welchen hier die Rede ist, vgl. Savigny, System Bd. 2, §. 265, S. 101 flg. Siehe auch den Artikel Früchte Bd. IV, S. 418.

294) Vgl. besonders Savigny a. a. O. §. 266, S. 106 flg.

295) L. 38. §. 15. D. 22. 1.

296) L. 34. D. 22. 1.

297) L. 32. §. 2. D. 22. 1. L. 2. C. IV. 34. Die in Bezug auf einzelne Obligationen einschlagenden Stellen werden da, wo von den Verzugszinsen die Rede sein wird, erwähnt werden.

298) Paul. Sent. Lib. II. Tit. 12. §. 7.

299) Gai. Inst Comm. II. §. 280. Paul. Sent. Lib. III. Tit. 8. §. 4. L. 3. pr. L. 8. 39. D. 22. 1. L. 26. D. 32. L. 18. pr. L. 27. §. 1. L. 44. §. 1. D. 36. 1. L. 24. §. 14. D. 40. 5. In manchen Stellen wird bei Fideicommissen und Legaten die Litiscontestation als Anfangspunkt für die Erstattung der Früchte bezeichnet; z. B. in L. 1. 2. 4. C. VI. 47. Es muß dies auf alle Fälle bezogen werden, in welchen nicht schon vorher eine Mora eingetreten war. Vgl. Savigny a. a. O. §. 266, N. r. S. 112 und §. 271, S. 155 flg.

causa und des interdictum de vi[300]. 2) Bei den Condictionen ist zu unterscheiden zwischen den Condictionen, welche auf eine Restitution gerichtet sind und denjenigen, welche auf einen dem Gläubiger bisher fremden Gegenstand („quod meum non fuit") gehen. a) Bei den Condictionen der ersteren Art hatte die Mora ohne Zweifel dieselben Wirkungen, wie bei den freien Klagen. Die condictio furtiva geht nach bestimmten Zeugnissen auf Erstattung der Früchte[301]. Auch hinsichtlich der übrigen hierher gehörigen Condictionen dieser Art wird die Verpflichtung zur Erstattung der Früchte im allgemeinen, wenn auch ohne ausdrückliche Beziehung auf die Mora, anerkannt[302]. b) Bei den Condictionen der zweiten Art fand nach dem älteren Rechte gar keine Berücksichtigung der Früchte statt. Die Analogie der Fideicommisse führte jedoch dahin, daß zuerst bei dem legatum sinendi modo eine Verpflichtung zur Erstattung der Früchte wegen Mora angenommen wurde[303]. Dies scheint später und zwar noch zur Zeit der classischen Juristen auf das legatum damnationis ausgedehnt worden zu sein[304]; jedenfalls ist nach Justinianeischem Rechte die Regel, daß die Mora eine Verpflichtung zur Erstattung der Früchte begründe, von allen Vermächtnissen anzunehmen, da in diesem Rechte alle Unterschiede zwischen den verschiedenen Formeln, in welchen die Legate hinterlassen wurden und zwischen den Legaten und Fideicommissen aufgehoben sind. Dagegen begründet die Mora bei der auf ein dare gerichteten Stipulation auch noch nach Justinianeischem Rechte keine Verpflichtung zum Ersatze der Früchte; nur die Litiscontestation hatte diese Wirkung[305]. Hiernach

---

300) L. 12. pr. D. 4. 2. L. 1. §. 40. D. 43. 16. L. 4. C. VIII. 4.

301) L. 8. §. 2. D. 13. 1.

302) L. 38. §. 1—3. D. 22. 1. L. 7. §. 1. D. 12. 4. L. 15. pr. L. 65. §. 5. D. 12. 6. Vgl. auch den Gegensatz in L. 38. §. 7. D. 22. 1.

303) Gai. Inst. Comm. II. §. 280. In dieser Stelle wird ausdrücklich nur gesagt, daß das Recht der Fideicommisse hinsichtlich der Verzugszinsen auf das legatum sinendi modo ausgedehnt sei; dagegen spricht sich Gajus nicht darüber aus, was hinsichtlich der Verpflichtung zum Ersatze der Früchte, deren er im Anfange der Stelle ebenfalls erwähnt, für die Legate gegolten habe. Ist jedoch bei dem legatum sinendi modo die Verpflichtung auf Verzugszinsen anerkannt worden, so läßt sich bestimmt annehmen, daß auch hinsichtlich des Ersatzes der Früchte ein Gleiches der Fall gewesen sei.

304) Paul. Sent. Lib. III. Tit 8. §. 4. spricht ganz allgemein den Satz aus, daß die Mora bei Legaten eine Verpflichtung zur Erstattung der Früchte begründe.

305) L. 38. §. 7. D. 22. 1.: Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequor, etiamsi mora facta sit. Quodsi acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos putant, ut causa restituatur: quod puto recte dici. Vgl. auch L. 2. D. 22. 1., deren Ausdruck sich durch die Beziehung auf eine Condiction der gedachten Art erklärt, und L. 78. §. 1. D. 45. 1. Der gedachte Grundsatz gilt übrigens nur für die auf das Geben einer bestimmten Sache gerichtete Condiction, nicht für die actio incerti ex stipulatu; s. L. 4. pr. D. 22. 1. Der Grund, aus welchem der in der Stelle mitgetheilte Fall in L. 3. §. 1. D. 19. 1. anders entschieden wird, scheint nicht darin zu liegen, daß Pom-

hat das römische Recht bei den meisten Obligationen den säumigen Schuldner zur Erstattung der Früchte verpflichtet. Diese Regel ist jetzt für alle Obligationen giltig, da das besondere Recht der Stipulation jetzt ohne praktische Bedeutung ist. Die zweite Frage, die zu beantworten ist, bezieht sich auf den Umfang, in welchem die Früchte zu erstatten sind. Hier ist es nicht zweifelhaft, daß der säumige Schuldner die von ihm gezogenen Früchte sowie diejenigen, welche er schuldhafter Weise zu ziehen versäumt hat, erstatten muß. Diesen Umfang hat nämlich schon die Verpflichtung des bonae fidei possessor nach der Litiscontestation [306]); ja selbst dann, wenn schon der Contract eine Verpflichtung zum Ersatze der Früchte begründet, bezieht sich diese nicht blos auf die percipirten Früchte, sondern auch auf diejenigen Früchte, welche der Schuldner durch eine von ihm zu vertretende Verschuldung zu ziehen versäumt hatte [307]). Fraglich ist nur noch, ob der säumige Schuldner auch diejenigen Früchte zu erstatten habe, welche er zwar selbst nicht ziehen konnte, die aber der Gläubiger im Falle einer rechtzeitigen Erfüllung der Obligation hätte gewinnen können. Der Unterschied zwischen den eben gedachten und den vom Schuldner versäumten Früchten besteht darin, daß bei den ersteren es sich darum handelt, welche Früchte ein sorgfältiger Hausvater in der Lage des Gläubigers, bei den letzteren, welche Früchte ein sorgfältiger Hausvater in der Lage des Schuldners gezogen haben würde. Da in der Regel beides zusammentreffen wird, so wird der Unterschied in den meisten Fällen keine praktische Bedeutung haben. Es sind aber Fälle möglich, wo der Gläubiger in Ansehung der Fruchtgewinnung ausgedehntere Mittel hat als der Schuldner und es zugleich vorliegt, daß ein sorgfältiger Mann in der Lage des Gläubigers diese Mittel auch wirklich zu dem angegebenen Zwecke benutzt haben würde. Deshalb läßt sich auch die Frage nicht abweisen, ob die Verpflichtung des säumigen Schuldners sich auf die Erstattung der gezogenen und versäumten Früchte beschränkt oder ob er die Früchte zu erstatten hat, welche der Gläubiger hätte ziehen können. Geht man davon aus,

---

ponius eine andere Ansicht über die condictio incerti hatte, sondern darin, daß er in diesem Falle die Klage nicht für eine actio incerti hielt. Siehe auch Savigny, System Bd. 5, S. 619.

306) §. 2. Inst. IV. 17. L. 1. §. 1. C. III. 31.

307) S. besonders L. 3. C. IV. 24. L. 32. §. 2. 3. L. 58. §. 1. fin. D. 26. 7. — Die hier vorgetragene Ansicht, daß die Mora zur Erstattung der versäumten Früchte verpflichtet, ist fast von allen Schriftstellern angenommen. Abweichender Ansicht ist Madai, Mora §. 51, nach welcher die Verbindlichkeit, auch die versäumten Früchte zu erstatten, lediglich eine Folge der malae fidei possessio ist, ein Ergebniß des durch das SC. Iuvencianum unter Hadrian zunächst für die hereditatis petitio ausgesprochenen und sodann auf die rei vindicatio erstreckten Grundsatzes: ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas. Diese Ansicht hat aber weder innere Gründe, noch die Quellen für sich; auch ist die in den §§. 50. 54. der gedachten Schrift ausgesprochene Anerkennung des Grundsatzes, daß der säumige Schuldner das Interesse leisten müsse, mit dieser Ansicht unvereinbar.

daß der Schuldner wegen seines Verzuges das Interesse leisten müsse, so ist consequenter Weise anzunehmen, daß die Früchte, welche der Gläubiger hätte ziehen können, mit zu berücksichtigen sind. Dies erkennen auch die Quellen an. Denn während in allen Stellen, welche von der ohne Mora eintretenden Verpflichtung zur Fruchterstattung handeln und die zu erstattenden Früchte näher bezeichnen, blos der vom Beklagten versäumten Früchte Erwähnung geschieht, werden die Früchte, wo von den Folgen der Mora die Rede ist, als solche bezeichnet, welche der Kläger hätte ziehen können [308]). Dies ist aber kein blos zufälliges Zusammentreffen; ein solches ist umsoweniger anzunehmen, als der Ausdruck der fraglichen Stellen mit dem Grundsatze, daß der im Verzuge befindliche Schuldner das Interesse leisten müsse, übereinstimmt. Man hat sich freilich dagegen darauf berufen, daß in einigen Stellen, wie in §. 2. Inst. IV. 17., der nach der hier angenommenen Ansicht anzunehmende Unterschied zwischen der Verpflichtung, welche dem unredlichen Besitzer nach der Litiscontestation in Bezug auf die Früchte obliegt, und zwischen der Verpflichtung des redlichen Besitzers nach der Litiscontestation und der dieser gleichstehenden Verbindlichkeit des unredlichen Besitzers vor der Litiscontestation, nicht besonders hervorgehoben wird. Dies findet seine Erklärung durch das vorher über die geringe praktische Bedeutung dieses Unterschiedes Bemerkte. Ueberdies beziehen sich mehrere der fraglichen Stellen auf die nach älterem Rechte dem malae fidei possessor obliegende Verbindlichkeit zum doppelten Ersatze der Früchte; bei der Berechnung des Betrages dieser Strafe konnte es aber allerdings bedenklich erscheinen, einen anderen Werth zu Grunde zu legen, als den Werth der wirklich gezogenen und der vom Beklagten culpos versäumten Früchte [309]). Es ist demnach als Regel aufzustellen, daß der Schuldner vom Anfange der Mora an diejenigen Früchte zu ersetzen hat, welche der Gläubiger im Falle rechtzeitig erfolgter Leistung

---

308) L. 39. §. 1. D. 30.: quos legatarius percipere potuit. L. 12. pr. D. 4. 2.: nec solum eos [fructus], qui percepti sunt; verum si plus ego percipere potui et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabit. L. 4. C. VII. 4.: fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non (tantum) quos praedo percepit. L. 62. §. 1. D. 6. 1.: animadverti debere, non an malae fidei possessor fruitus (Flor. fruiturus) sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset. Der Gegensatz gegen die vom Besitzer versäumten Früchte wird in diesen Stellen nicht hervorgehoben; auch ist ein solcher nicht in der L. 62. §. 1. cit. zu finden, da die Lesart „fruitus" unzweifelhaft die allein richtige ist. Vgl. Savigny a. a. O. §. 267, N. h. Ein entscheidendes Gewicht kann man aber auf diesen Umstand nicht legen, da ausdrücklich erklärt ist, daß es darauf ankomme, welche Früchte der Kläger hätte ziehen können.

309) Die in Betracht kommenden Stellen sind: Paul. Sent. Lib. I. Tit. 13b. §. 8. 9. L. 1. Th. C. IV. 18. L. 2. C. Inst. VII. 51. Die beiden ersten Stellen handeln geradezu vom Ersatze des doppelten Werthes der Früchte: die letzte Stelle ist aus der zweiten entlehnt, mit Weglassung dessen, was sich direct auf die erwähnte Strafe bezog.

gezogen haben würde [310]). Bezweifelt kann nur werden, ob nicht hinsichtlich des Schenkungsversprechens eine Ausnahme von dieser Regel zu machen sei, indem aus erheblichen Gründen die Verpflichtung zur Erstattung der Früchte auf die percipirten und versäumten Früchte zu beschränken sein dürfte [311]). Die dritte Frage endlich betrifft die Zeit, für welche die Früchte zu erstatten sind. Der Anfangspunkt ergiebt sich von selbst. Den regelmäßigen Endpunkt bildete, wenigstens nach dem älteren römischen Rechte, die Zeit der condemnatio, da diese auf eine Geldsumme gerichtet wurde und deshalb die Verpflichtung des Schuldners von dieser Zeit an überhaupt nicht mehr auf Herausgabe der fruchttragenden Sache ging [312]). Allein heutzutage, wo die Verurtheilung und die Vollstreckung auf den geschuldeten Gegenstand selbst gerichtet wird, muß der Beklagte verurtheilt werden, die Früchte bis zur wirklichen Leistung des geschuldeten Gegenstandes zu erstatten. Die aufgestellte Regel ist immer anzuwenden, wenn der geschuldete Gegenstand fortwährend noch geleistet werden kann. Ist dagegen eine Unmöglichkeit der Leistung der geschuldeten Sache vor dem Urtheile eingetreten, so muß unterschieden werden, ob das die Unmöglichkeit herbeiführende Ereigniß die Sache auch im Falle rechtzeitig erfolgter Leistung betroffen

---

310) Diese Ansicht hat schon vor Mommsen, Wächter, Erörterungen H. 3, S. 133. Selbstverständlich kann der Gläubiger nicht den Ersatz von Früchten verlangen, wenn er nach den vorliegenden Verhältnissen auch im Falle einer rechtzeitigen Leistung keine Früchte hätte gewinnen können. Dies geht aus L. 33. 79. D. 6. 1. L. 19. D. 22. 1. hervor, obwohl diese Stellen freilich sämmtlich zunächst von den Wirkungen der Litiscontestation handeln.

311) Es wird später noch davon gehandelt werden. — Nach dem Rechte vor Justinian erzeugte die Mora bei dem auf ein dare gerichteten Schenkungsversprechen schon nach den für die Stipulation geltenden Regeln keine Verbindlichkeit zur Erstattung von Früchten. Anscheinend steht damit L. 41. §. 1. D. 42. 1. in Widerspruch. Allein diese Stelle bezieht sich nicht auf ein erst zu erfüllendes Schenkungsversprechen, sondern auf eine (nach dem Sinne des Juristen ohne Zweifel durch Mancipation oder in iure cessio, jedoch ohne Uebergabe des Besitzes) schon vollzogene Schenkung, in welchem Falle der Schenker jedem anderen Besitzer einer fremden Sache gleichsteht. Für diese Erklärung sprechen nicht blos die in der Stelle gebrauchten Ausdrücke, sondern namentlich die Zulassung des Klägers zum iusiurandum in litem.

312) L. 17. §. 1. L. 33. D. 6. 1. L. 3. §. 1. D. 22. 1. — Die L. 3. pr. D. 22. 1., nach welcher der Erbe dem Fideicommissar gegenüber zur Erstattung der Früchte auch noch nach dem Urtheile verpflichtet ist, erklärt sich aus dem bei Fideicommissen stattfindenden Verfahren extra ordinem (Gai. Inst. Comm. II. §. 278. Ulp. Fragm. Tit. XXV. §. 12. §. 1. Inst. II. 23.) und daraus, daß bei der extraordinaria cognitio die Verurtheilung auch auf andere Gegenstände, als Geld, gerichtet werden konnte. Vgl. L. 5. §. 10. D. 25. 3. Keller, röm. Civilproceß §. 81. — Madai, Mora S. 352 behauptet, daß bei den bonae fidei iudicia schon nach römischem Rechte die Früchte bis zur wirklichen Erfüllung geleistet werden mußten. Diese Ansicht stützt sich auf die angeführte L. 3. pr. D. 22. 1. und auf ein aus den ersten Worten der L. 3. §. 1. D. eod. entlehntes argumentum a contrario; sie ist aber mit den Grundsätzen über die condemnatio pecuniaria unvereinbar.

haben würde oder nicht. Im ersten Falle können die Früchte immer nur bis zur Zeit des Eintrittes der Unmöglichkeit gefordert werden, da der Gläubiger in diesem Falle, auch bei rechtzeitig erfolgter Leistung der Sache, den Fruchtgenuß derselben nicht länger gehabt haben würde. In dem zweiten Falle hingegen sind die Früchte nach einem vom Richter zu machenden ungefähren Anschlage auch für die spätere Zeit zu berechnen, weil der Gläubiger im Falle rechtzeitig erfolgter Leistung der Sache dieselbe hätte behalten und benutzen können[313]). — Die für die eigentlichen Früchte aufgestellten Grundsätze gelten auch für die Civilfrüchte. So muß der Schuldner, welcher eine Sache zu leisten hat, die vermiethet zu werden pflegt, die Miethgelder leisten, welche hätten gewonnen werden können[314]). In dieser Beziehung ist im allgemeinen keine weitere Ausführung nöthig; nur auf eine Art von Civilfrüchten, die Zinsen, ist nun näher einzugehen, weil mehrere Entscheidungen der Quellen sich darauf beziehen und hier zum Theil besondere Regeln anzuwenden sind. b) Zinsen. In Ansehung der Zinsen sind dieselben Fragen zu beantworten, wie hinsichtlich der Früchte. Es sind also zuerst die Fälle zu bestimmen, in welchen Verzugszinsen gefordert werden können. Ihrem Begriffe nach können Zinsen nicht nur bei Geldschulden, sondern bei allen auf fungible Sachen gerichteten Obligationen vorkommen, da nur vorausgesetzt wird, daß als Ersatz für die Benutzung eine Quote gleichartiger Sachen festgesetzt ist[315]). Während aber bei den übrigen fungiblen Sachen die Vergütung für deren Benutzung nur selten in der gedachten Weise vereinbart wird, so ist die zinsbare Be-

---

313) Siehe besonders L. 17. §. 1. D. 6. 1., welche auf einen Fall der zuletzt erwähnten Art zu beziehen ist. Auch wird in L. 33. D. eod., welche Stelle zwar nicht von den Folgen der Mora, sondern nur von denen der Litiscontestation spricht, der Beklagte für verpflichtet erklärt, wenn durch seine Schuld der geklagte Gegenstand untergegangen ist, die Früchte bis zum Urtheil zu erstatten. Dieser Fall steht aber dem hier fraglichen im wesentlichen gleich. Die L. 79. D. 6. 1., welche die Erstattung der Früchte auf die Zeit bis zu eingetretener Unmöglichkeit beschränkt, betrifft eine durch Casus herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung und handelt überdies ebenfalls nur von den Wirkungen der Litiscontestation, weshalb auch der im Texte gemachte Unterschied hier nicht in Betracht kommen konnte, da die Litiscontestation für sich nur eine Verbindlichkeit zur Prästation der Culpa, nicht aber eine Verpflichtung zur Leistung des ganzen Zeitinteresse nach sich zieht; übrigens ist das in der angeführten Stelle erwähnte Ereigniß ein solches, von welchem anzunehmen ist, daß es den geklagten Gegenstand auch im Falle einer früheren Leistung betroffen haben würde.

314) L. 39. §. 1. D. 30. L. 5. C. III. 32. In der letzteren Stelle wird zwar der Miethgelder gedacht, welche der Beklagte hätte ziehen können; man darf aber daraus nicht folgern, daß nur die vom Beklagten versäumten in Betracht kommen, da ausdrücklich daneben die omnis causa damni dati als Gegenstand des Ersatzes angeführt wird.

315) Siehe über den Begriff der Zinsen sowie über die allgemeinen der Lehre von Zinsen zu Grunde liegenden Grundsätze besonders Savigny, Syst. des heut. röm. Rechtes Bd. 6, §. 268 flg. Das Nähere darüber wird in dem Artikel Zinsen vorkommen.

nutzung des baaren Geldes sehr verbreitet; sie war dies schon bei den Römern in dem Maße, daß man, sofern es sich um einen Schadenersatz für die entbehrte Benutzung einer Geldsumme handelte, von der Annahme ausging, daß jede Geldsumme zu jeder beliebigen Zeit zinsbar benutzt werden könne. Diese Annahme führte dahin, daß dem Berechtigten in den gedachten Fällen regelmäßig ein Anspruch auf Zinsen eingeräumt wurde [316]). Der Berechtigte hat nicht zu beweisen, daß er das Geld ohne die Dazwischenkunft der seinen Entschädigungsanspruch begründenden Thatsachen auch wirklich gegen Zinsen ausgeliehen hätte; vielmehr werden die landüblichen Zinsen als sichere Einkünfte aus dem Gelde betrachtet und in dessen Gemäßheit auf gleiche Linie mit den Früchten gestellt [317]). Eine Anwendung dieser Grundsätze ist es, daß der zur Leistung einer Geldsumme verpflichtete Schuldner im Falle der Mora Zinsen zahlen muß. Die angegebenen Gründe sprechen zugleich dafür, daß ein Recht des Gläubigers auf Verzugszinsen nur bei Geldschulden anerkannt werden kann [318]). Nach römischem Rechte begründet jedoch die Mora nicht bei allen Geldschulden eine Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen. Sowie hinsichtlich der Früchte die freien Klagen und die Condictionen im Obigen haben unterschieden werden müssen, ebenso muß dies in Ansehung der Zinsen geschehen, nur daß hier in mancher Beziehung die Regeln sich etwas anders gestalten. Was 1) die freien Klagen betrifft, so verpflichtet bei diesen die Mora den Schuldner allgemein zur Zahlung von Verzugszinsen. Diese Regel wird namentlich hinsichtlich der bonae fidei Obligationen in den Quellen sehr entschieden anerkannt. So heißt es in einer Stelle [319]): In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur, und in Uebereinstimmung damit wird in einer anderen Stelle [320]) gesagt: Usurae in depositi actione, sicut in ceteris bonae fidei iudiciis, ex mora venire solent. Außerdem kommen in den Quellen des römischen Rechtes noch mehrere Entscheidungen vor, welche den gedachten Grundsatz mit Bezug auf einzelne bonae fidei Obligationen bestätigen [321]). Zweifel dagegen, daß

---

316) S. Savigny a. a. O. S. 133 flg.

317) L. 34. D. 22. 1.: Usurae vicem fructuum obtinent.

318) Savigny a. a. O. S. 137. A. M. ist Madai, Mora S. 334, welcher bei allen fungiblen Sachen Verzugszinsen zuläßt. Im römischen Rechte ist aber nur in Bezug auf Geldschulden von Verzugszinsen die Rede, was nach dem Obigen nicht als etwas Zufälliges betrachtet werden kann. Ueberdies ließe sich, wenn die römischen Juristen bei allen fungiblen Sachen eine Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen anerkannt hätten, kaum erklären, daß in Stellen, wie L. 21. §. 3. D. 19. 1. der Zinsen gar nicht gedacht wird.

319) L. 32. §. 2. D. 22. 1.

320) L. 2. C. IV. 34.

321) Vgl. a) hinsichtlich der Verbindlichkeit des Miethers und Pachters zur Zahlung des Mieth- und Pachtgeldes: L. 54. pr. D. 19. 2. L. 17. §. 4. D. 22. 1. L. 17. C. IV. 65.; b) hinsichtlich des Mandates: L. 10. 3. D. 17. 1. L. 19. C. IV. 35.; c) in Ansehung des Depositums: Paul. Sent. Lib. II. Tit. 12. §. 7.; s. auch L. 24. D. 16. 3.; d) hinsichtlich der Verpflichtung des Pfandgläubigers

wirklich die Mora allein eine Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen begründe, könnte etwa eine Stelle [322]) erregen, in welcher die Verpflichtung des Gesellschafters zur Zahlung von Zinsen davon abhängig gemacht wird, daß er sich einer Mora schuldig gemacht und zugleich die für die Societät eingenommenen Gelder zum eigenen Nutzen verwendet habe. Jedenfalls könnte aber aus dieser Stelle höchstens eine specielle Ausnahme für die Societät abgeleitet werden, und auch dies ließe sich schwerlich rechtfertigen, da die Regel, daß die Mora bei den bonae fidei Obligationen zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet, in der größten Allgemeinheit aufgestellt wird und innere Gründe zur Annahme einer

---

zur Herausgabe des Ueberschusses: L. 7. D. 13. 7. — In manchen Fällen bedurfte es keiner Mora zur Begründung der Verpflichtung der Zahlung von Zinsen, z. B. in Ansehung der vom Vormunde herauszugebenden Gelder des Bevormundeten, und deshalb ist wohl die hier fragliche Folge der Mora bei der Vormundschaft nicht besonders hervorgehoben worden. — Ferner hat der Käufer von der ihm geschehenen Uebergabe der gekauften Sache an den Kaufpreis zu verzinsen, ohne daß zur Begründung dieser Verpflichtung es der Mora bedarf. Fragm. Vat. §. 2. L. 13. §. 20. D. 19. 1. L. 2. C. IV. 32. L. 5. C. IV. 49. Dennoch wird hier zugleich hervorgehoben, daß der Käufer ex mora („si moram intercessisse probetur") Zinsen zu leisten habe. S. L. 19. D. 18. 6. L. 13. C. IV. 49.; in L. 5. C. IV. 54. wird sogar gesagt, daß der Käufer, wenn keine Zinsen ausdrücklich ausbedungen seien, nur wegen des Verzuges („ex mora duntaxat") Zinsen zu zahlen habe. Die letzte Stelle bezieht sich unzweifelhaft auf einen Fall, wo der Verkäufer vor Anstellung der Klage auf Zahlung des Kaufgeldes die verkaufte Sache weder übergeben, noch angeboten, vielmehr die Oblation erst gleichzeitig mit der Anstellung der Klage vorgenommen hatte; hier konnten selbstverständlich, wenn es an einer ausdrücklichen Vereinbarung hinsichtlich der Zinsen fehlte, dieselben nicht für eine Zeit gefordert werden, welche der in der Klagerhebung liegenden Interpellation voranging; und dies hat wohl nur durch die zuletzt gedachte Stelle ausgesprochen werden sollen. Von Ratjen, de mora p. 20. werden die Worte: ex mora duntaxat geradezu auf eine Mora bezogen, welcher sich der Käufer als Gläubiger durch Zurückweisung des ihm angebotenen Kaufgegenstandes schuldig gemacht hat; es hat nun zwar der Käufer, welchem eine mora accipiendi zur Last fällt, ohne Zweifel Zinsen zu bezahlen, ohne daß es einer Mahnung bedarf; allein nach dem ganzen Zusammenhange können die gedachten Worte nicht auf eine bloße mora accipiendi bezogen werden, zumal der in der gedachten Stelle entschiedene Fall ein solcher ist, wo zugleich eine Aufforderung zur Zahlung des Kaufpreises durch Erhebung der Klage vorlag („si coeperis experiri"). — Etwas anders verhält es sich mit L. 19. D. 18. 6. und L. 13. C. IV. 49. In der ersten Stelle handelt es sich nicht um den Zeitpunkt, mit welchem die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung von Zinsen beginnt, sondern um die Folgen einer wahren Mora, namentlich darum, ob die bloße Möglichkeit eines Erwerbes genügt, um einen Anspruch auf dessen Ersatz zu begründen. In der zweiten Stelle dagegen soll namentlich der Gegensatz zwischen der Verpflichtung des Verkäufers zur Herausgabe der Früchte und der Verpflichtung des Käufers zur Zahlung von Zinsen hervorgehoben werden, daß nämlich die letztere nicht, wie die erstere, sofort mit der Perfection des Contractes eintritt. Daß es zur Begründung des Zinsenanspruches nothwendig einer Mora im technischen Sinne bedürfe, ist damit nicht gesagt worden; denn sonst würde diese Stelle mit den oben angeführten Stellen im directen Widerspruche stehen.

322) L. 60. pr. D. 17. 2.

solchen Ausnahme nicht vorhanden sind [323]). Die erwähnte Regel gilt nicht blos für die bonae fidei actiones, sondern auch für die übrigen freien Klagen; namentlich wird dies für die Fideicommisse in mehreren Entscheidungen anerkannt [324]). 2) Bei den Condictionen kamen, insofern sie auf eine certa pecunia gerichtet waren, keine Verzugszinsen vor. In diesem Falle wurde die bestimmte Summe in die condemnatio der Formel aufgenommen und der Richter dadurch gehindert, diese Summe in dem Urtheile zu überschreiten. Es wird daher bemerkt, daß bei dem Darlehn Zinsen nur im Falle einer ausdrücklichen Verabredung verlangt werden können [325]), und eben werden bei der condictio indebiti und bei der condictio ob turpem causam Verzugszinsen ausgeschlossen [326]). Nur in Bezug auf die Legate erlitt dieser Grundsatz eine Ausnahme. Schon von Julian wurden bei dem legatum sinendi modo Verzugszinsen anerkannt [327]) und nach Justinianeischem Rechte muß jedenfalls die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen bei allen Legaten anerkannt werden [328]). Das besondere Recht der Condictionen ist gegen=

323) Manche, wie Cuiacius, Obs. Lib. XII. cap. 15. Noodt, de foenore et usuris Lib. I. cap. 5. Pothier, Pand. Iustin. Tit. pro socio nr. XLIV. haben hier dadurch helfen wollen, daß sie statt „cum ea pecunia" vielmehr „aut cum ea" oder „aut ea pecunia" lesen. Es kann aber diese Emendation nichts helfen, da die Hauptschwierigkeit in dem Schlusse des ersten Satzes liegt. Siehe darüber auch Glück, Erl. der Pand. Bd. 15, S. 442, N. 77. Auch dessen Ansicht kann nicht gebilligt werden, wenn er auf Grund der L. 60. pr. D. cit. eine Ausnahme von der Regel der Verzugszinsen bei der Societät annimmt, diese aber wegen L. 1. §. 1. D. 22. 1. auf den Fall beschränkt, wenn die Gelder noch nicht gemeinschaftlich geworden waren. Allerdings wird die Stelle, wie auch Mommsen, Mora S. 239, N. 7, annimmt, auf einen Fall der letzteren Art bezogen werden müssen; der Sinn ist aber wohl der, daß die Verwendung zum eigenen Nutzen in dem gedachten Falle nicht zur Begründung einer Verpflichtung zur Zinsenzahlung hinreiche, sondern daß dazu immer eine Mora nothwendig sei; darauf beziehen sich denn auch die Worte: sed non quasi usuras etc., welche ohne Zweifel ausdrücken, daß die Zinsen hier nicht, wie in dem Falle der L. 1. §. 1. D. 22. 1., als Zinsen, sondern, wie dies bei der Mora immer der Fall ist, als Interesse in Betracht kommen. Bei dieser Erklärung, nach welcher es allein auf die Mora ankommt, ist freilich eine ungenaue Ausdrucksweise in der L. 60. pr. D. 17. 2. anzunehmen, was aber der Annahme einer willkürlichen Ausnahme vorzuziehen ist. — Der Schlußsatz der L. 60. pr. D. cit. findet nur dadurch seine Erklärung, daß der Erbe nicht in das Societätsverhältniß eintritt, und gerade dadurch wird jener Satz selbst in der Stelle gerechtfertigt. Es kann aber fraglich sein, ob auch die späteren Juristen den hier ausgesprochenen Grundsatz in dieser Ausdehnung anerkannt haben oder ob nicht vielmehr ungeachtet der Aufhebung der Societät die Fortdauer eines obligatorischen Verhältnisses in Bezug auf die Mittheilung des für die Societät bereits gemachten Erwerbes angenommen worden ist. S. L. 63. §. 8. D. 17. 2. Nimmt man das letztere an, so muß auch die Begründung einer Mora gegen den Erben zugelassen werden.

324) Gai. Inst. Comm. II. §. 280. L. 78. §. 2. L. 87. §. 1. D. 31. L. 58. pr. D. 36. 1. L. 24. §. 14. D. 40. 5.

325) L. 24. D. 19. 5. L. 3. C. IV. 32. S. auch L. 10. §. 4. D. 17. 1.

326) L. 1. C. IV. 5. L. 4. C. IV. 7.

327) Gai. Inst. Comm. II. §. 280.

328) Nicht gewiß ist, ob dies nicht schon nach dem Rechte vor Justinian

wärtig ohne praktische Bedeutung; was das heutige Recht betrifft, so muß die im römischen Rechte für die freien Obligationen aufgestellte Regel auch auf die Obligationen erstreckt werden, welchen die römischen Juristen eine strengere Natur beilegten, also namentlich auf das Darlehn und die condictio indebiti. Gesetzliche Bestätigung hat diese Ansicht im §. 139 des Reichsdeputationsabschiedes vom J. 1600 gefunden, indem dort die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung von Verzugszinsen mit Bezug auf das Darlehn ausdrücklich anerkannt ist. Dennoch kommen auch jetzt noch einige Ausnahmen von der Regel der Verzugszinsen vor, nämlich: 1) bei dem Schenkungsversprechen[329]. Daß hier, wenigstens nach dem vorjustinianeischen Rechte, im allgemeinen keine Verzugszinsen verlangt werden konnten, folgte schon aus der zur Begründung der Klagbarkeit des Versprechens nöthigen Form der Stipulation. Hätte die Ausschließung der Verzugszinsen darauf allein beruht, so würden jetzt Verzugszinsen zu zahlen sein. Allein in der in der Note angeführten Stelle macht Modestinus für die Ausschließung des Anspruches auf Verzugszinsen noch einen anderen Grund geltend, nämlich die aus der Natur des Rechtsverhältnisses sich ergebende Billigkeit; dieser Grund entscheidet auch im heutigen Rechte für die Ausschließung der Verzugszinsen bei dem Schenkungsversprechen. Die in der Note 329 angeführte Stelle ist die einzige, welche von den Verzugszinsen mit Beziehung auf das gewöhnliche Schenkungsversprechen handelt. Dagegen kommen zwei auf Pollicitationen bezügliche Entscheidungen vor (in L. 16. pr. D. 22. 1. und L. 1. pr. D. 50. 12.), von denen zwar die eine gleichfalls jeden Anspruch auf Zinsen auszuschließen scheint, die andere aber bestimmt eine Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung von Verzugszinsen anerkennt. Es fragt sich, wie diese Stellen zu vereinigen sind und ob der hinsichtlich des Schenkungsversprechens angenommene Grundsatz diesen Stellen gegenüber gerechtfertigt werden kann[330]. Von den verschiedenen Vereinigungsversuchen können nur folgende für zulässig erachtet werden. Entweder kann man annehmen, daß die L. 16. D. 22. 1. nichts weiter sagt, als was im ersten Theile der L. 1. pr. D. 50. 12. bemerkt ist, daß nämlich der Gläubiger bei der Pollicitation nicht schon wegen bloßer Hinausschiebung der Erfüllung von Seiten des Schuldners Zinsen beanspruchen kann. Oder es muß, wofür die überwiegenden Gründe zu sprechen scheinen, die L. 1. pr. cit. auf eine bestimmte Art der Pollicitation, nämlich auf die ob honorem

---

galt; denn die Stellen, welche allgemein auch der Legate Erwähnung thun, können interpolirt sein. Es sind dieses L. 34. D. 22. 1. L. 3. C. in quib. caus. in int. rest. II. 40. (41.)) Das in Ansehung der Früchte Geltende muß jedoch auch für die Zinsen gelten; Paul. Sent. Lib. III. Tit. 8. §. 4. stellt auch Zinsen und Früchte einander gleich.

329) L. 22. D. 39. 5.

330) Ueber die verschiedenen Vereinigungsversuche vgl. Madai, Mora S. 379 flg. Mommsen, Mora S. 241 flg. Letzterer hat die richtige Ansicht.

erfolgte Pollicitation bezogen werden. Die für letztere ausnahmsweise anerkannte Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen erklärt sich ohne Schwierigkeit durch die Erwägung, daß für diese Art der Pollicitation im Gegensatze der übrigen Pollicitationen auch in anderen Beziehungen abweichende Regeln gelten, welche ohne Zweifel auf dem Gesichtspunkte beruhen, daß die versprochene Leistung hier gewissermaßen als Gegenleistung für die Ertheilung der Ehrenstelle angesehen wurde [331]. Die Stelle enthält, auf die letztere Weise verstanden, eine ganz singuläre nicht mehr praktische Ausnahme von der für das Schenkungsversprechen im allgemeinen geltenden Regel. Aber auch, wenn die L. 1. pr. cit. nicht in der letzteren Weise verstanden wird, kann man aus derselben nicht folgern, daß die Ausschließung der Verzugszinsen bei dem eigentlichen Schenkungsversprechen allein in der Stipulationsform ihren Grund gehabt habe, da die Pollicitationen doch immer besondere Voraussetzungen hatten, welche eine verschiedene Behandlung wohl rechtfertigen konnten [332]. 2) Der Fiscus zahlt keine Verzugszinsen aus den von ihm selbst geschlossenen Contracten („ex suis contractibus“); dagegen ist er hinsichtlich der von Privatpersonen auf ihn übergegangenen Schulden zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet [333]. 3) Von fiscalischen Geldstrafen werden keine Verzugszinsen entrichtet [334]. — Nach heutigem Rechte können Verzugszinsen, ausgenommen in den eben erwähnten Fällen, stets gefordert werden, wenn die Obligation auf

---

331) L. 6. pr. D. 50. 12.: aeris alieni loco habetur et in heredum persona non minuitur. L. 9. L. 3. pr. D. eod.: quasi debitum exigatur. S. auch L. 11. D. eod.

332) Madai a. a. O. S. 379 flg. sucht die beiden Stellen so zu vereinigen, daß er annimmt, die L. 1. pr. D. 50. 12. handele von einer versprochenen, aber noch nicht erfüllten Pollicitation, wo Verzugszinsen gefordert werden könnten, die L. 16. D. 22. 1. hingegen von einer bereits erfüllten Pollicitation, wo hinterher, selbst wenn die Erfüllung noch so sehr verspätet worden sei, keine Verzugszinsen gefordert werden könnten. Er beruft sich zur Unterstützung dieser seiner Erklärung auch auf Basil. Lib. XXIII. Tit. 3. cap. 16. th. 1., wo es heißt: *Ὁ πόλει δωροίμενος οὐκ ἀπαιτεῖται τόκους.* Allein wenn auch dies mit Recht so übersetzt werden kann: ab eo, qui civitati donavit, usurae non exiguntur, so zeigt doch der Gebrauch des part. praes. *δωρούμενος*, daß hier nicht von einer erfüllten Schenkung die Rede sei, und noch mehr hätte dies aus dem index der fraglichen Stelle von Stephanus (Sch. *Ὁ τῇ* Heimb. T. II. p. 696.) entnommen werden können, wo ausdrücklich nur von einer versprochenen Liberalität (*ὁ τῇ πόλει φιλοτιμίαν ὑποσχόμενος*) die Rede ist. Allerdings ist es unzweifelhaft, daß, wenn eine Pollicitation bereits vollständig erfüllt ist, nicht noch nachträglich Zinsen gefordert werden können; unwahrscheinlich aber ist es, daß Paulus, wenn er diesen Satz aussprechen wollte, die bereits geschehene Erfüllung nicht ausdrücklich und bestimmt hervorgehoben haben sollte. Dies ist aber nicht geschehen; denn die Worte: liberalitatis factae können ebensogut, ja nach dem Zusammenhange noch natürlicher auf die Ertheilung des Versprechens bezogen werden. S. Schilling, in den krit. Jahrb. f. teutsche RW. Bd. III, S. 264 flg. Mommsen, Mora S. 243, N. 15.

333) L. 17. §. 5. D. 22. 1. L. 2. C. X. 8. S. Madai, Mora S. 374 flg.

334) L. 9. D. 27. 8. L. 1. C. X. 8.

Geld gerichtet ist; dagegen ist der Anspruch auf Verzugszinsen ausgeschlossen, wenn die Obligation einen anderen Gegenstand hat[335]). Es fragt sich jedoch, ob nicht auch in Fällen der letzteren Art unter Umständen Verzugszinsen vorkommen können. Der Gläubiger kann im allgemeinen fordern, daß er den Werth erhalte, welchen der geschuldete Gegenstand zur Zeit des Anfanges der Mora hatte. Hätte nun der Gläubiger den Werth der Sache bereits damals in Händen gehabt, so hätte er auch Zinsen davon ziehen können; auf diesem Wege könnte man dahin kommen, daß dem Gläubiger immer ein Anspruch auf die Zinsen des Werthes zustände[336]). Diesen Anspruch haben aber die römischen Juristen im allgemeinen dem Gläubiger nicht eingeräumt, wie sich bestimmt behaupten läßt. Einestheils findet sich keine Stelle, in welcher ein Anspruch auf Zinsen in dieser Allgemeinheit zugestanden würde; anderntheils würde die Annahme eines solchen Rechtes des Gläubigers mit den Aussprüchen der römischen Juristen über die purgatio morae schwer zu vereinigen sein, weil dann, auch wenn sonst noch so vollständig res integra ist, doch neben dem geschuldeten Gegenstande selbst regelmäßig die Zinsen der aestimatio desselben offerirt werden müßten, um eine purgatio morae zu bewirken. Ausnahmsweise können jedoch die Zinsen der aestimatio dem Gläubiger zuerkannt werden, wie dies in einer Stelle anerkannt wird[337]). Der Grund, warum in dem Falle dieser Stelle dem Gläubiger Zinsen zugesprochen werden, läßt sich entweder darin finden, daß der Erblasser, welcher die vermachten Gefäße zum Verkaufe bestimmt hatte, in der That ein Geldfideicommiß gemeint hat[338]), oder darin, daß in diesem Falle nicht blos eine Möglichkeit des Verkaufes vorhanden war, sondern nach den sonst geltenden Regeln als erwiesen anzusehen war, daß der Vermächtnißnehmer den Verkauf wirklich sofort vorgenommen und somit die Zinsen gewonnen haben würde. Der Schluß der Stelle spricht mehr für die letztere Annahme[339]); der Grund, weshalb der Anspruch auf Zinsen wegfällt, wenn der Testator die Gefäße nicht zum Verkaufe bestimmt hatte, wird nämlich darin gefunden, daß der Gewinn aus einer Handlung, welche eine Verletzung der Pietät gegen den Erblasser voraussetzen würde, nicht ehrenhafter Weise beansprucht werden kann. Ueberdies kann, wenn erwiesen ist, daß der Gläubiger die Sache im Falle rechtzeitiger Erfüllung verkauft

335) Allerdings ist die gewöhnliche Meinung dagegen, indem sie bei anderen fungiblen Sachen, außer Geld, auch einen Anspruch auf Verzugszinsen zuläßt; wir beziehen uns dagegen auf das früher Bemerkte.

336) S. besonders Savigny a. a. O. S. 144 flg. Die Frage ist namentlich in dem Falle wichtig, wo eine Leistung nicht fruchttragender Sachen in Frage steht. Bei Leistung einer fruchttragenden Sache würde der Gläubiger jedenfalls nur die Wahl zwischen den Zinsen der aestimatio und den Früchten der Sachen haben.

337) L. 3. §. 4. D. 22. 1. von Papinian.

338) Dies ist die Ansicht von Savigny a. a. O. S. 145.

339) Siehe Mommsen, Mora S. 245.

haben würde, der Schuldner durch spätere Leistung des ursprünglichen Gegenstandes ohne Einwilligung des Gläubigers sich nicht befreien; der Gläubiger kann hier unmittelbar das Kaufgeld verlangen, welches er im Falle rechtzeitiger Erfüllung erlangt hätte. Schließlich ist noch Einiges über die Höhe der Verzugszinsen und über die Zeit, für welche sie gefordert werden können, zu bemerken. Das Recht auf Verzugszinsen stützt sich auf die Annahme, daß ein sorgfältiger Mann jede Geldsumme zu jeder beliebigen Zeit zinsbar benutzen kann. Dieses Princip führte nothwendig dahin, daß sich der Anspruch auf landübliche Zinsen beschränkte [340]), weil nur auf diese mit mehr Sicherheit zu rechnen war. Doch dürfen die Zinsen keinesfalls die Höhe der gesetzlich erlaubten Zinsen übersteigen, da ein den allgemeinen Prohibitivgesetzen widerstreitender Landesgebrauch nicht anerkannt wird [341]). Damit ist aber gewiß nicht geleugnet worden, daß der Gläubiger unter Umständen mehr als die landüblichen, ja selbst mehr als die gesetzlich erlaubten Zinsen verlangen könne. Die Zinsen stehen im allgemeinen mit den versäumten Früchten auf gleicher Linie; so wird auch die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen aus der Verpflichtung, omnem diligentiam zu prästiren, abgeleitet [342]). Wie nun das Recht des Gläubigers bei einer Mora des Schuldners nicht auf die von dem Letzteren versäumten Früchte sich beschränkt, ebenso kann der Gläubiger bei einer auf eine Geldschuld sich beziehenden Mora diejenigen Vortheile beanspruchen, welche er ohne den Eintritt der Mora aus dem Gelde gezogen haben würde. Er muß aber dann beweisen, daß die fraglichen Vortheile durch die Mora des Schuldners ihm entgangen sind. In der Form von Zinsen kann er aber nie mehr als die gesetzlich erlaubten Zinsen fordern. Im heutigen Rechte ist die Höhe der Verzugszinsen durch die Reichsgesetzgebung ein für allemal auf fünf vom Hundert jährlich bestimmt [343]). Diese Bestimmung gilt zunächst nur für das Darlehn, indem das Gesetz ausdrücklich nur von diesem spricht; sie ist aber von der Praxis mit Recht auf die übrigen Fälle, in welchen Verzugszinsen vorkommen, erstreckt worden. Das Reichsgesetz läßt dem Gläubiger aber, wenn er sich mit den 5 Procent Verzugszinsen nicht begnügen will, den Beweis eines höheren Interesse nach. Was die Zeit betrifft, für welche Verzugszinsen gezahlt werden müssen, so ergiebt sich der Anfangspunkt von selbst durch die Zeit des Beginns der Mora. Der Endpunkt war im römischen Rechte dahin festgestellt, daß die Verzugszinsen nur bis zum Urtheil gezahlt wurden. Während des nach Justinian's Verordnung vier Monate betragenden tempus iudicati war jeder Zinsenlauf gehemmt;

340) L. 39. §. 1. D. 30. Vgl. L. 1. pr. L. 37. D. 22. 1.

341) L. 19. C. IV. 35. Die in L. 17. C. IV. 65. für die Verzugszinsen gebrauchte Bezeichnung: legitimae usurae, bedeutet Zinsen bis zur gesetzlichen Höhe.

342) L. 24. C. IV. 32.

343) Reichsdeputationsabschied vom J. 1600 §. 139.

erst nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist begann der Lauf der Urtheilszinsen (usurae rei iudicatae), welche 12 Procent betrugen[344]). Die Bestimmung des römischen Rechtes über die Urtheilszinsen ist im heutigen Rechte nicht recipirt; consequenter Weise ist aber dann auch die damit eng zusammenhängende Vorschrift über die Hemmung des Zinsenlaufes während des tempus iudicati nicht zur Anwendung zu bringen. Vollkommen richtig ist also die Annahme der Praxis, daß heutzutage die Verzugszinsen bis zur wirklichen Zahlung der Schuld geleistet werden müssen, ohne daß deren Lauf durch das Urtheil unterbrochen wird[345]).

c) Zufälliger Erwerb. Sonstiges Interesse. Außer den Früchten können noch andere Erweiterungen zu dem ursprünglichen Gegenstande der Obligation nach dem Anfange der Mora hinzutreten. Es lassen sich diese nach dem Vorgange von Savigny[346]) als zufälliger Erwerb im Gegensatze der Früchte bezeichnen, welcher durch die Sache gemacht werden kann, indem dieselben das Eintreten besonderer Umstände voraussetzen, auf welche nicht mit derselben Sicherheit, wie bei den Früchten auf die periodische Wiederholung, sich rechnen läßt. Dahin gehören folgende Fälle: die Erweiterung eines Grundstückes durch Alluvion u. s. w., die Bereicherung durch Pönalklagen, infolge der an unseren Sachen verübten Verletzungen; ferner bei den Römern der Erwerb eines Herrn aus den Erbschaften oder Vermächtnissen, welche seinem Sclaven hinterlassen wurden, sowie der Eigenthumserwerb des Herrn an den von seiner Sclavin geborenen Kindern. Daß die Verpflichtung des Schuldners, welchem eine Mora zur Last fällt, auch auf die Herausgabe des zufälligen Erwerbes sich erstreckt, ergiebt sich schon daraus, daß als Folge der Mora die Verpflichtung zur Leistung der causa (omnis causa) angeführt wird[347]). In dessen Gemäßheit wird es auch speciell anerkannt, daß der säumige Schuldner verpflichtet sei, das Sclavenkind (partus ancillae), den sog. foetus secundus, welcher nicht zu den Früchten gerechnet wurde, sowie auch die dem geschuldeten Sclaven nach dem Anfange der Mora angefallene Erbschaft oder das demselben zugefallene Vermächtniß herauszugeben[348]). Dasselbe muß auch von anderem zufälligem Erwerbe gelten, wie von dem Erwerbe durch Alluvion, ferner von dem Erwerbe, welcher dem Eigenthümer durch das Finden eines Schatzes auf seinem Grund und Boden zufällt u. s. w. Die Wirkungen der Mora fallen in dieser Beziehung im wesentlichen mit den Wirkungen der Litiscontestation zusammen. Nur insofern ist ein Unterschied, als die Litiscontestation den Beklagten nur

---

344) L. 1. §. 2. D. 22. 1. L. 13. C. IV. 32. L. 2. 3. C. VII. 54.

345) Savigny, System Bd. 6, S. 412 flg.

346) Savigny a. a. O. §. 265, S. 105.

347) L. 12. pr. D. 4. 2. L. 17. §. 1. D. 6. 1. L. 8. D. 22. 1. L. 8. §. 6. D. 43. 26.

348) L. 12. pr. D. 4. 2. L. 17. §. 1. D. 6. 1. L. 8. 14. D. 22. 1. L. 39. §. 1. D. 30.

dann zur Erstattung des Werthes der angegebenen Vortheile verpflichtet, wenn er den Erwerb zu machen culpos versäumt hat oder wenn durch seine Verschuldung eine Unmöglichkeit, den bereits gemachten Erwerb zu leisten, für ihn herbeigeführt ist; wogegen in den Fällen einer Mora des Schuldners der gedachte Erwerb immer erstattet werden muß, wenn der Gläubiger im Falle rechtzeitiger Erfüllung der Obligation denselben hätte machen und den Werth derselben sich hätte erhalten können. Die Verpflichtung des säumigen Schuldners ist aber nicht damit erschöpft. Wie unter II. A. im Eingange gezeigt worden ist, wird in mehreren Stellen die Regel ausgesprochen, daß die Mora den Schuldner zur Leistung des Interesse, welches der Gläubiger daran gehabt hätte, daß die Obligation zur rechten Zeit erfüllt wäre, verpflichtet. Ist diese Regel wirklich begründet, so kann die Verpflichtung des Schuldners sich nicht auf die Erstattung der Früchte, Zinsen und der oben gedachten Vortheile beschränken. Das römische Recht kennt eine solche Beschränkung nicht, wie aus demjenigen sich ergiebt, was unter II. A. 1. über die Perpetuation der Obligation bemerkt worden ist. Es wird dies außerdem auch für den Fall, daß eine Unmöglichkeit der Leistung nicht eingetreten ist, in verschiedenen Anwendungen anerkannt. So kann z. B. der Gläubiger, welcher durch die Mora des Schuldners verhindert ist, eine ihm obliegende Verpflichtung zu erfüllen und dadurch die Verwirkung einer von ihm versprochenen Conventionalstrafe oder den Verkauf der von ihm bestellten Pfänder abzuwenden, den Ersatz des ihm auf diese Weise zugefügten Schadens fordern[349]). Ebenso ist der Gläubiger auch dann, wenn die Leistung des Gegenstandes der Obligation noch möglich ist, berechtigt, eine Entschädigung für den unterbliebenen Verkauf desselben zu beanspruchen, sofern dargethan ist, daß er im Falle rechtzeitiger Erfüllung der Obligation wirklich den Verkauf vorgenommen haben würde[350]). Es ist ihm sogar unter Umständen Ersatz zu leisten für den Vortheil, welchen er durch den Einkauf von Waaren durch das ihm geschuldete Geld gehabt hätte[351]). Es bedarf hier einer weiteren Ausführung über dasjenige, was zum Interesse gehört, nicht, da in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze über das Interesse maßgebend sind[352]). Die Mora verpflichtet zur Erstattung des gesammten Interesse, sowohl des sog. directen, als des indirecten. Was insbesondre Geldschulden betrifft, so ist, wenigstens nach dem heutigen Rechte, der Gläubiger nicht blos auf die Forderung von Verzugszinsen beschränkt, da es in dem Reichsdeputationsabschiede vom J. 1600 §. 139 ausdrücklich heißt, daß dem Creditor, wenn „er vermeynen wolte, tam ex lucro cessante, quam damno emergente ein mehreres (als fünf Gulden vom

---

349) L. 3. D. 12. 3. L. 2. §. 8. D. 13. 4.

350) L. 57. fin. D. 24. 3. und dazu Mommsen, Mora S. 195. S. auch L. 3. §. 4. D. 22. 1.

351) L. 2. §. 8. D. 13. 4.

352) Vgl. den Artikel Schade, Schadenersatz Bd. IX, S. 601 flg.

Hundert) zu fordern ..... alsdann sein gantz Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen und der richterlichen Erkenntnuß darüber zu gewarten unbenommen seyn soll." — Noch ist zu erörtern, inwieweit die hier gedachten Bestimmungen in den Fällen anwendbar sind, in welchen ein Einspruch des Gläubigers auf Verzugszinsen ausgeschlossen ist. Der wichtigste Fall ist der des Schenkungsversprechens. Der Gläubiger hat hier deshalb keinen Anspruch auf Verzugszinsen, weil es als unbillig betrachtet wird, dem Gläubiger außer dem ihm durch die Zahlung der ihm versprochenen Geldsumme zufallenden Gewinne noch einen weiteren Gewinn auf Kosten des Schuldners, dessen Freigebigkeit allein er den Gegenstand der Obligation verdankt, zuzusprechen. Hiervon ausgehend kann man dem Gläubiger bei dem Schenkungsversprechen einer Geldsumme nur insoweit einen Anspruch auf ein neben dem versprochenen Gelde zu leistendes Interesse zugestehen, als ihm durch die Verzögerung der Leistung ein positiver Schade zugefügt worden ist [353]). Bei dem auf andere Gegenstände als Geld gerichteten Schenkungsversprechen wird die erwähnte Billigkeitsrücksicht in den Quellen nicht besonders hervorgehoben. Dieses Schweigen der Quellen rechtfertigt aber nicht ohne weiteres die Annahme, daß hier keine Ausnahme von den allgemeinen Regeln gelte. Denn die Ausschließung der Verzugszinsen und des entgangenen Gewinnes bei dem Schenkungsversprechen einer Geldsumme beruht nicht auf der besonderen Natur dieses Schenkungsversprechens, sondern auf der allgemeinen Natur des Schenkungsversprechens überhaupt. Auch bei dem auf andere Gegenstände als Geld gerichteten Schenkungsversprechen kann man im Falle der Mora einen Anspruch auf Erstattung des entgangenen Gewinnes in seinem ganzen Umfange dem Gläubiger nicht ohne Inconsequenz einräumen. Denn dieselbe Billigkeitsrücksicht, welche die Ausschließung der Verzugszinsen motivirte, macht sich auch hier geltend, insofern es sich um einen Gewinn handelt, welchen zwar der Gläubiger im Falle rechtzeitiger Leistung hätte erlangen können, der Schuldner aber nicht percipiren konnte. — Die gedachte Billigkeitsrücksicht tritt in Ansehung dieses Gewinnes sogar in einem noch höheren Grade ein. Dagegen ist diese Billigkeitsrücksicht nicht vorhanden, wenn der Schuldner den Gewinn gemacht und nicht etwa später wieder verloren hat. Auch ist aus der Vorschrift über die Verzugszinsen nicht zu folgern, daß der Schuldner bei dem Schenkungsversprechen den durch seine Schuld versäumten oder später wieder verlorenen Gewinn nicht zu erstatten habe. Denn die rechtliche Annahme, daß bei gehöriger Sorgfalt jede Geldsumme zu jeder beliebigen Zeit zinsbar benutzt werden kann und demnach die Ver-

---

353) Daß nach römischem Rechte auch ein positiver Schade wegen der für die condictio certi geltenden Bestimmungen nicht ersetzt verlangt werden konnte, hängt lediglich mit der strengen Natur dieser Klage zusammen und ist daher für das heutige Recht ohne Bedeutung.

zugszinsen gewissermaßen als ein versäumter Erwerb (versäumte Früchte) angesehen werden können, gründet sich auf eine Fiction, welcher nicht in allen Fällen die Wirklichkeit entspricht; die Versagung des Anspruches auf Erstattung des durch eine Verschuldung des Schuldners versäumten Erwerbes würde also weiter gehen, als die Versagung des Anspruches auf Verzugszinsen und ist daher aus der letzteren nicht zu folgern. Die beiden anderen Ausnahmen von der Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen beziehen sich auf die Geldschulden des Fiscus und auf die fiscalischen Geldstrafen. Die erste Ausnahme beruht nicht auf inneren Gründen, sondern blos auf einem dem Fiscus ertheilten Privilegium, dessen Ausdehnung unzulässig ist, wozu es auch nach den über die Haftung juristischer Personen für die Mora ihrer Vertreter geltenden Grundsätzen an einer Veranlassung fehlt. Dagegen hat die Ausschließung der Verzugszinsen bei fiscalischen Geldstrafen die Bedeutung, daß hier der Anspruch sich immer streng auf die erkannte Strafe selbst beschränkte.

3) Rechtsmittel des Gläubigers zur Geltendmachung des der Verpflichtung des säumigen Schuldners zur Leistung des Interesse entsprechenden Anspruches. Die zur Geltendmachung des Anspruches auf das wegen der Mora vom Schuldner zu leistende Interesse zu erhebende Klage ist diejenige, welche aus der Hauptobligation entspringt. Eine besondere Klage wird durch die Mora nicht begründet. Die Verpflichtung zur Leistung des Zeitinteresse ist vielmehr ein Accessorium der Hauptobligation und kann daher nur so lange geltend gemacht werden, als die Klage aus der Obligation nach den allgemeinen Grundsätzen noch besteht. Die Mora als solche hat auf die Aufrechterhaltung der Klage selbst im allgemeinen keinen Einfluß. Dies ist in den Quellen rücksichtlich der Verzugszinsen ausdrücklich anerkannt. Die Verzugszinsen werden nur officio iudicis geleistet und können mit keiner besonderen Klage gefordert werden; sind sie bei dem Urtheile über die Klage aus der Hauptobligation nicht berücksichtigt worden, so ist daher eine nachträgliche Forderung derselben nicht zulässig [354]). Eben dasselbe muß hinsichtlich des Anspruches auf Ersatz der Früchte sowie in Ansehung der übrigen Ansprüche, welche durch die Mora des Schuldners entstehen, angenommen werden. Doch bedarf es hier der Beifügung einiger näherer Bestimmungen. Wenn auch die Mora keine besondere Klage begründet, so kann doch unter Umständen der Gläubiger außer der Klage aus der Obligation andere Klagen haben, um damit Gegenstände zu verfolgen, welche zu dem infolge der Mora zu leistenden Interesse gehören. Wenn es sich nämlich um Restitution einer dem Gläubiger gehörigen Sache handelt, kann der Gläubiger die von dem Schuldner durch die Sache gemachten Erwerbungen, z. B. die Früchte, sofern sie noch vorhanden sind, vindiciren oder, wenn der Schuldner sie consumirt und sich dadurch be-

354) L. 49. §. 1. D. 19. 1. Vgl. auch L. 13. C. IV. 32. L. 4. C. IV. 34.

reichert hat, eine Condiction auf die Bereicherung anstellen[355]). Diese Rechtsmittel haben aber nur eine beschränkte Wirkung; sie sind ferner nicht in allen Fällen, wo eine Mora vorhanden ist, anwendbar und beruhen überdies nicht auf der Mora, so daß deren Zulassung keine Ausnahme von den aufgestellten Regeln enthält. Etwas anders verhält es sich mit einer anderen Bestimmung, welche sich aus dem ergiebt, was oben unter II. A. 1. über die Haftung des Schuldners für das Eintreten einer Unmöglichkeit der Leistung bemerkt worden ist. Nach der allgemeinen Regel, daß die casuelle Unmöglichkeit den Schuldner befreit, müßte angenommen werden, daß die Klage aus der Obligation dann wegfiele, wenn das nach der Mora eingetretene Ereigniß den Gegenstand der Obligation auch im Falle rechtzeitig erfolgter Leistung betroffen haben würde. In der That erkennt auch das neuere römische Recht, wenigstens bei den freien Klagen in diesem Falle keinen Anspruch auf den geschuldeten Gegenstand selbst an. Die Klage wird jedoch hier als eine reine Interessenklage auf Erlangung des Preises, welchen der Gläubiger durch einen rechtzeitigen Kauf hätte erlangen können, verstattet. Auch wird, wenn ein Verkauf nicht möglich war, die Klage auf Ersatz der Früchte und sonstigen Vortheile, welche der Gläubiger im Falle rechtzeitig erfolgter Leistung bis zu dem Eintritte des casuellen Ereignisses aus dem geschuldeten Gegenstande hätte ziehen können, zugelassen werden müssen. Da aber die Mora keine besondere Klage begründet, so kann der erwähnte Anspruch von dem Gläubiger nur durch die Klage aus der Obligation selbst geltend gemacht werden. Die vorher erwähnten Klagen, die Vindication und Condiction, würden in vielen Fällen unanwendbar sein und jedenfalls zur Durchführung des Anspruches in seinem ganzen Umfange nicht genügen[356]).

4) Vermeintliche Wirkungen der Mora des Schuldners. Außer den oben angeführten Wirkungen der Mora, welche sich aus der Verpflichtung zur Leistung des Interesse erklären, wurden besonders früher noch viele andere Wirkungen der Mora erwähnt, welche man theils als vertragsmäßige, theils als gesetzlich bestimmte bezeichnet.

---

355) Wächter, Erörterungen H. 2, S. 94 flg. Savigny, System Bd. 6. S. 118 flg.

356) Glück, Erl. der Pand. Bd. 4, S. 431 und Thibaut, Pandekten §. 103 gestatten dem Gläubiger die actio doli, wenn die Mora auf einem Dolus beruht. Wäre diese Ansicht richtig, so würde die Mora des Schuldners, da sie ihrem Wesen nach einen Dolus voraussetzt, regelmäßig eine besondere Klage begründen. Dabei ist aber, wie Mommsen, Mora S. 235, N. 5 ganz richtig bemerkt, übersehen, daß bloße Unterlassungen, wenn ihnen auch die Absicht, einem Anderen zu schaden, zu Grunde liegt, nicht als Delicte betrachtet werden, da das Recht eine allgemeine Verpflichtung zu einer positiven Thätigkeit für Andere nicht anerkennt und daß sie daher auch eine Delictsklage nicht begründen können. Die Stellen, worauf sich diese Rechtslehrer berufen (L. 1. §. 1. D. 44. 4. L. 61. §. 3. D. 47. 2. L. 45. pr. D. 49. 14.), stehen in gar keiner Beziehung zu der hier erörterten Frage.

Ueber die sog. vertragsmäßigen Wirkungen der Mora ist bereits oben zum Theil gesprochen worden (siehe unter I. A. 5. lit. c.). Die Verwirkung der Conventionalstrafe und anderer Nachtheile, welche nach Uebereinkunft eintreten sollen, wenn eine Obligation nicht zu einer bestimmten Zeit erfüllt ist, ist aber keine Wirkung der Mora, sondern eine Folge des Eintrittes der Bedingung, an welche dieselbe geknüpft ist. Nur insofern kann von vertragsmäßigen Nachtheilen der Mora die Rede sein, als ausdrücklich die Uebereinkunft getroffen ist, daß den Schuldner im Falle der Mora andere als die gesetzlichen Nachtheile, sei es anstatt derselben oder außer denselben, treffen sollen. Eine solche Uebereinkunft ist, sofern sie nicht Prohibitivgesetzen, namentlich den Zinsverboten, entgegen ist, giltig. Nicht viel besser steht es mit den gesetzlichen Folgen, welche angeführt werden. Bei mehreren derselben ist es klar, daß sie mit der Mora nicht zusammenhängen; daher auf sie nicht näher eingegangen zu werden braucht[357]). Man kann sich auf die Beantwortung von drei Fragen beschränken: **erstens**, ob und inwieweit die Mora des Schuldners den Gläubiger zum Rücktritte von dem Vertrage berechtige; **zweitens**, welchen Einfluß die Mora auf das Wahlrecht bei alternativen Obligationen und auf die in manchen Fällen dem Schuldner zustehende alternative Befugniß habe; **drittens**, ob und inwiefern die Mora zur Aufrechterhaltung der Klage aus dem obligatorischen Verhältnisse selbst dienen könne[358]). a) **Recht des Gläubigers zum Rücktritte vom Vertrage.** Fragt man, ob die Mora den Gläubiger berechtige, vom Vertrage zurückzutreten, so handelt es sich nicht darum, ob er auf das durch die Obligation ihm eingeräumte Recht verzichten dürfe (was ihm selbstverständlich immer zusteht), sondern darum, ob der Gläubiger durch Zurückweisung der verzögerten Leistung sich auch

---

357) So setzt das Recht, bei gegenseitigen Obligationen die Gegenleistung zu retiniren und die Einrede des nicht erfüllten Contractes entgegenzusetzen, keine Mora des Mitcontrahenten, sondern nur die Nichterfüllung voraus. Ebenso beruht die Verwirkung der Emphyteuse wegen dreijähriger Nichtzahlung des Kanon und der Abgaben sowie die Verwirkung des Rechtes auf Fortsetzung des Pachtverhältnisses wegen zweijährigen Rückstandes mit dem Pachtgelde, nur auf der unterlassenen Zahlung. Eine Mora des Schuldners wird zum Eintritte dieser Folgen nicht verlangt, wenn auch die Annahme zu Grunde liegt, daß eine so lange Verzögerung nicht wohl ohne grobe Verschuldung möglich ist.

358) Allerdings giebt es Eine Folge im römischen Rechte, welche mit der Mora in einem gewissen Zusammenhange steht. Derjenige, welcher ein Vermächtniß zu Gunsten einer Kirche oder kirchlichen Stiftung zu zahlen hat, soll zur Leistung des doppelten Betrages verurtheilt werden, wenn er die Erfüllung so sehr verzögert hat, daß er es zur Litiscontestation hat kommen lassen. §. 19. 23. 26. Inst. IV. 6. Wenn auch hier der Mora keine ausdrückliche Erwähnung geschieht, so sind doch hinreichende Gründe zu der Annahme vorhanden, daß die Litiscontestation nur dann die angegebene Wirkung haben kann, wenn der Onerirte zugleich einer Mora sich schuldig gemacht hat. Die angegebene Vorschrift ist indessen, da das heutige Recht keine Privatstrafe im römischen Sinne kennt, für dasselbe ohne praktische Bedeutung. Es genügt daher hier deren beiläufige Erwähnung.

von der von ihm übernommenen Verbindlichkeit befreien könne. Die dafür gewöhnlich angeführten Stellen beziehen sich aber gar nicht auf die Mora [359]); die aufgeworfene Frage ist daher nach den allgemeinen Regeln des römischen Rechtes zu beantworten. Daraus aber ergiebt sich Folgendes. Ist der Zweck, welchen der Gläubiger durch den Gegenstand der Obligation erreichen wollte und welchen er bei rechtzeitig erfolgter Leistung hätte erreichen können, durch die Mora des Schuldners vereitelt worden, oder hat der Gläubiger infolge der Mora des Schuldners einen anderen Weg zur Erreichung des Zweckes eingeschlagen, so daß ihm der Gegenstand der Obligation jetzt nutzlos ist, so braucht er die später angebotene Leistung nicht mehr anzunehmen; er ist alsdann berechtigt, geradezu auf ein Aequivalent der Leistung zu klagen. Er braucht sich aber diese Leistung nicht aufdringen zu lassen; so kann z. B. der Verkäufer vom Käufer nicht verlangen, daß er sich in einem Falle der angegeben Art statt der Leistung der verkauften Sache die Leistung eines Aequivalents in Geld gefallen lasse. Hat daher der Gläubiger die Gegenleistung noch nicht beschafft, so fehlt es dem Schuldner an einem Mittel, um die durch die Obligation ihm gebotenen Vortheile, nämlich das Recht auf die Gegenleistung zu erwerben [360]). Anders verhält sich die Sache, wenn der Gläubiger die Gegenleistung bereits bewirkt hat. Die Gegenleistung als solche kann er dann nicht zurückfordern, weil die Obligation selbst, ungeachtet der Mora des Schuldners, fortwährend wirksam ist. Er wird aber, wenn die Leistung ihm nutzlos geworden ist, im Zweifel statt der Leistung des Interesse die Zurückgabe der Gegenleistung verlangen können [361]). Auf die angegebene Art wird in der That dasselbe bewirkt, wie wenn der Gläubiger in dem fraglichen Falle von dem Vertrage zurücktreten könnte; insofern die Gegenleistung noch nicht bewirkt ist, kann auch gesagt werden, daß unter gewissen Umständen

---

359) Die Hauptstelle ist L. 24. §. 4. D. 19. 2. In dieser Stelle ist aber von einer Leistung die Rede, welche an eine bestimmte Zeit gebunden ist und bei welcher eben deshalb von einer eigentlichen Mora nicht die Rede sein kann. Noch weniger können die übrigen Stellen, welche man angeführt hat, wie L. 6. D. 18. 3. L. 6. C. IV. 54. L. 135. §. 2. D. 45. 1. in Betracht kommen. In den beiden ersten Stellen, welche von der einem Kaufcontracte beigefügten Resolutivbedingung handelt, wird der Verlust des Rechtes aus dem Kaufcontracte nicht als eine Folge der Mora des Schuldners, sondern als Folge der Erfüllung einer Resolutivbedingung angeführt. In der letzten Stelle aber ist, wie unter I. A. 5. lit. c. gezeigt worden ist, von einer unter einer Suspensivbedingung geschlossenen Stipulation die Rede, und die Nichterfüllung der Bedingung der Grund, aus welchem der Stipulator das Recht aus der Stipulation nicht erwirbt.

360) Dasselbe gilt, wenn nach der Mora eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist. Der Gläubiger ist hier, wie überhaupt in den Fällen einer verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung, nicht verpflichtet, das ihm von dem Schuldner angebotene Geldäquivalent anzunehmen und dagegen die Gegenleistung zu bewirken.

361) Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte Abth. II, §. 26.

die Mora des Schuldners ein Recht des Gläubigers zum Rücktritte vom Vertrage begründet; dieses Recht ist aber nicht eine besondere Folge der Mora, da die aufgestellten Grundsätze vielmehr aus der allgemeinen Natur der gegenseitigen Obligationen und der durch die Mora begründeten Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Interesse folgen[362]). b) Einfluß der Mora auf das Wahlrecht bei alternativen Obligationen und die dem Schuldner in manchen Fällen zustehende alternative Befugniß. Bis in die neueste Zeit haben Manche behauptet, daß die Mora des Schuldners bei alternativen Obligationen den Verlust des Wahlrechtes bewirke[363]). Diese Annahme ist schon an sich unwahrscheinlich. Hätten die römischen Juristen angenommen, daß das Wahlrecht im Falle der Mora des Schuldners auf den Gläubiger übergehe, so hätten sie gewiß auch umgekehrt einen Uebergang des Wahlrechtes vom Gläubiger auf den Schuldner als Folge der Mora des Gläubigers angenommen. Dies haben sie aber nicht gethan; vielmehr haben sie dem Schuldner, um ihn gegen die willkürliche Verzögerung der Wahl von Seiten des Gläubigers sicher zu stellen, nur das Recht eingeräumt, durch das Gericht dem Gläubiger eine Frist zur Ausübung des Wahlrechtes setzen zu lassen, deren Nichtbeachtung für den letzteren den völligen Verlust der aus der Obligation ihm zustehenden Rechte zur Folge hat (vgl. oben unter I. B. 2. lit. c.). Ferner kann man sich gegen die aufgestellte Ansicht auf §. 33. Inst. IV. 6. berufen, wo ganz allgemein gesagt wird, daß dem Kläger eine Zuvielforderung zur Last falle, wenn er bei alternativen Obligationen seine Klage blos auf den einen der geschuldeten Gegenstände richte; welcher

---

362) Nur insofern könnte etwa von einem solchen Rechte des Gläubigers als einer besonderen Folge der Mora des Schuldners die Rede sein, als der Gläubiger, wenn er nach Eintritt der Mora des Schuldners Gelegenheit hat, den Zweck der Obligation auf anderem Wege zu erreichen, im Zweifel befugt sein muß, durch Benutzung dieser Gelegenheit zu bewirken, daß der Gegenstand der Obligation ihm nutzlos wird, und dann die später vom Schuldner angebotene Leistung zurückzuweisen. Der wahre Grund, weshalb hier der Gläubiger die Leistung zurückweisen kann, besteht aber nicht in einem durch die Mora begründeten Rechte zum Rücktritte von dem Vertrage, sondern darin, daß die Leistung infolge der Mora des Schuldners dem Gläubiger nutzlos geworden ist. Ebendeshalb kann auch die Berufung des Gläubigers auf diesen Gegenstand nicht ganz allgemein zugelassen werden, da sie nach den allgemeinen Regeln des römischen Rechtes ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger die Handlung, wodurch der Gegenstand der Obligation ihm nutzlos geworden ist, vorgenommen hat, ohne daß eine irgend begründete Furcht, daß sonst der Zweck, welchen er durch die Obligation erreichen wollte, vereitelt werden würde, vorhanden war. Dann fällt nämlich dem Gläubiger ein Dolus oder wenigstens eine culpa lata zur Last, worauf er sich unter keinen Umständen, selbst dann nicht, wenn den Gegner eine gleiche Verschuldung trifft, berufen kann.

363) Wehrn, doctrina principiorum et causarum damni p. 339. Glück, Erl. der Pand. Bd. 4, S. 417. Zimmern, im Archiv f. civil. Praxis Bd. I, S. 329 flg. Koch, Recht der Forderungen Bd. 1, §. 34. Siehe dagegen Mommsen, Mora S. 259 flg.

Satz wohl schwerlich so allgemein aufgestellt worden wäre, wenn durch die Mora das Wahlrecht auf den Gläubiger überginge. In der That können auch die Stellen, welche man für die erwähnte Ansicht anführt, dieselbe nicht begründen, da sie sich überhaupt nicht auf die Mora beziehen. Die Hauptstelle ist L. 2. §. 3. D. 13. 4.[364]); eine Stelle, wodurch manche Juristen, welche im allgemeinen den Verlust des Wahlrechtes als Folge der Mora nicht annehmen, zur Annahme einer Ausnahme bei alternativen Obligationen bewogen worden sind[365]). Nach der angeführten Stelle hat der Schuldner, welcher einen Gegenstand zu Ephesus oder Capua zu leisten versprochen hat, bis zur Einleitung des Rechtsstreites die Wahl des Erfüllungsortes; dem Gläubiger steht aber die Wahl zu, wo er Klage erheben will, und nach angestellter Klage (erfolgter Litiscontestation) kann der Schuldner sich nicht mehr durch Leistung an dem anderen Orte befreien. Dies gilt auch dann, wenn der Schuldner nicht denselben Gegenstand an dem einen oder anderen Orte, sondern, je nachdem er diesen oder jenen Ort wählen würde, verschiedene Gegenstände versprochen hatte, z. B. Ephesi decem, aut Capuae hominem. In dieser Stelle wird allerdings ein Uebergang des Wahlrechtes von dem Schuldner auf den Gläubiger angenommen; es wird jedoch das Recht des Gläubigers, durch Erhebung der Klage den Erfüllungsort und mittelbar den Gegenstand der Leistung zu bestim-

364) Außerdem hat man noch L. 95. pr. §. 1. D. 46. 3. und L. 55. D. 9. 2. angeführt. Die erste Stelle kann nicht hierher gezogen werden, da das Proömium der Stelle sich nur auf eine alternative Obligation bezieht, bei welcher der Gläubiger das Wahlrecht hat, der §. 1 aber überhaupt nicht von den Folgen der Mora handelt. Vgl. über die Erklärung des §. 1 dieser Stelle Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte Abth. 1, §. 26. Die L. 55. D. 9. 2., welche Zimmern a. a. O. für jene Behauptung angeführt hat, handelt ebenfalls nicht von den Wirkungen der Mora und nur durch eine nicht gerechtfertigte Verbindung der L. 55. mit der L. 54. D. eod., welche sich gar nicht auf alternative Obligationen bezieht, gelangt dieser Schriftsteller zu dem Resultate, daß der Gläubiger, welcher nach Eintritt der Mora des Schuldners den einen der alternativ geschuldeten Gegenstände vernichtet habe, wählen könne, ob er dieses Object sich anrechnen lassen oder das andere verlangen wolle, während sonst der Schuldner die Wahl habe, ob er das vernichtete Object dem Gläubiger anrechnen oder das andere leisten und dann wegen des ersteren auf Entschädigung klagen wolle. Mit Mommsen, Mora §. 27, N. 7, S. 260 ist anzunehmen, daß auch für diesen Fall kein Grund vorliegt, dem Schuldner, wenn ihm eine Mora zur Last fällt, das Wahlrecht zu entziehen; der Schuldner muß aber, wenn er die Leistung des noch übrig gebliebenen Gegenstandes an den Gläubiger vorzieht, zugleich das Zeitinteresse leisten; überdies konnte, wenn der Schuldner wegen des vernichteten Gegenstandes die Aquilische Klage gegen den Gläubiger erhob, bei der Berechnung des vom Gläubiger wegen seines Delictes zu leistenden Interesse der Werth des übrig gebliebenen Gegenstandes nicht in Betracht kommen, weil dieser Gegenstand, wenn der Schuldner zu rechter Zeit geleistet hätte, in keiner Beziehung zu dem vernichteten Gegenstande gestanden hätte. Letzteres war aber nach L. 55. D. cit. wesentlich anders, wenn dem Schuldner vor der Vernichtung des einen Gegenstandes durch den Gläubiger keine Mora zur Last fiel. Vgl. auch Mommsen, Beitr. zum Obligationenrechte Abth. 1, S. 317 flg.

365) Thibaut, Pand. §. 103. Wening-Ingenheim, Civilr. §. 242,

men, nicht von einer Mora des Schuldners abhängig gemacht. Die Entscheidung wird vielmehr dadurch begründet, daß die Klage, wenn ein Erfüllungsort durch den Vertrag bestimmt ist, nur an diesem Orte angestellt werden kann, und daß es, wenn dem Schuldner fortwährend das Wahlrecht zugestanden werden sollte, in das Belieben des Schuldners gestellt sein würde, die Wirksamkeit der Klage durch den Einwand, daß er an dem anderen Orte leisten wolle, zu vereiteln. Die fragliche Entscheidung hat also mit der Mora nichts zu thun[365a]). Ueberdies beruht diese Entscheidung auf einem nur für die Condictionen geltenden Grundsatze des älteren römischen Rechtes, welcher auch für die Condictionen durch die Einführung der actio arbitraria de eo, quod certo loco seine Bedeutung im wesentlichen verloren hatte. Für das heutige Recht ist die Bestimmung der L. 2. §. 3. D. cit. umsoweniger von Bedeutung, als sie schon nach römischem Rechte bei den freien Obligationen gewiß nicht angewendet wurde[366]). In ähnlicher Weise, wie mit der Einwirkung der Mora des Schuldners auf das Wahlrecht bei alternativen Obligationen, verhält es sich mit dem Einflusse derselben auf die dem Schuldner in manchen Fällen zustehende alternative Befugniß. Die Ansicht, daß die Mora den Verlust dieser zur Folge habe, ist in den Quellen nicht begründet[367]). In einigen Stellen, welche sich auf Fälle beziehen, wo eine alternative Befugniß durch Stipulation begründet ist, wird freilich gesagt, daß der Schuldner nach der Litiscontestation die alternative Befugniß nicht mehr ausüben kann[368]). Von einer Mora

---

365a) Die Voraussetzung, von welcher diejenigen Rechtslehrer ausgehen, welche den Verlust des Wahlrechtes für eine Folge der Mora halten, daß nämlich in der L. 2. §. 3. D. 13. 4. Fälle der Mora zu supponiren seien, ist nach dem Inhalte der Stelle und namentlich nach den von Scävola angeführten Entscheidungsgründen nicht gerechtfertigt, und kann es auch nicht dadurch werden, daß man auf L. 3. pr. D. 22. 1. Bezug nimmt, wo es heißt: tametsi non facile evenire possit, ut mora non praecedente perveniatur ad iudicem.

366) Wächter, Erörterungen H. 3, S. 117 flg., N. 64.

367) Dagegen kann allerdings infolge der Mora eine alternative Befugniß, welche sonst entstanden wäre, gar nicht zur Entstehung gelangen. So erwirbt der Schuldner, welchem nach Eintritt der Mora durch ein casuelles Ereigniß die Möglichkeit entzogen wird, einen der alternativ geschuldeten Gegenstände zu leisten, nicht die alternative Befugniß, statt des übrig gebliebenen Gegenstandes die aestimatio des von dem zufälligen Ereignisse betroffenen Objectes zu leisten. Darauf bezieht sich L. 47. §. 3. D. 30., welche nicht von der Aufhebung einer bereits begründeten alternativen Befugniß handelt, sondern davon, ob eine alternative Befugniß zur Entstehung gelangen kann. In dem eben Angeführten kann übrigens keine besondere Folge der Mora gefunden werden, weil die Regel, daß der Schuldner durch Leistung der aestimatio des einen Gegenstandes sich befreien kann, nur für die Fälle gilt, wo die Unmöglichkeit der Leistung ohne alle Verschuldung des Schuldners eingetreten ist und daher in den Fällen einer nach dem Anfange der Mora eingetretenen Unmöglichkeit, ebenso wie in den Fällen einer geradezu durch eine Verschuldung des Schuldners herbeigeführten Unmöglichkeit, nicht anwendbar ist.

368) L. 57. D. 46. 3. L. 16. pr. D. 46. 1. Die in diesen Stellen enthaltenen Fälle sind Fälle, wo die Obligation selbst nicht alternativ ist, dem

ist aber in diesen Stellen nicht die Rede; auch hat der Wegfall der alternativen Befugniß in einem anderen Umstande seinen Grund. Derselbe erklärt sich nämlich daraus, daß nach dem älteren römischen Rechte bei den Condictionen der Werth der eingeklagten Leistung nach der Litiscontestation als der ausschließliche Gegenstand der Obligation angesehen wurde, so daß der Schuldner selbst durch Leistung des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation sich nicht befreien konnte, also ebensowenig durch Bewirkung der Leistung, welche er in Gemäßheit der ihm zustehenden alternativen Befugniß an die Stelle der eigentlich schuldigen Leistung setzen konnte und welche nur die Bedeutung hat, die letztere Leistung zu vertreten. Diese Stellen sprechen also nur von einer Wirkung der Litiscontestation, nicht von einer Wirkung der Mora; überdies stützen sich die Entscheidungen derselben auf einen Grundsatz, der nur für die Condictionen Geltung hatte, aber auch dieselbe in Ansehung der Condictionen schon im Justinianeischen Rechte verloren hatte. Dasselbe gilt von L. 84. D. 45. 1., deren Anführung als Beweisstelle nur auf der irrigen Ansicht beruht, daß bei den auf ein Thun gerichteten Obligationen das Interesse der eigentliche Gegenstand der Obligation sei, das Thun aber, worauf die Obligation geht, nur als Gegenstand einer alternativen Befugniß in Betracht komme (siehe darüber oben unter I. A. 3.). Die bisher erwähnten Stellen sind also zur Begründung der Ansicht, daß die Mora einen Wegfall der alternativen Befugniß zur Folge habe, nicht geeignet. Daß diese Ansicht auch im allgemeinen nicht zu rechtfertigen ist, ergiebt sich überdies daraus, daß bei den Noxalklagen dem Schuldner ausdrücklich gestattet wird, selbst noch nach der Verurtheilung von der ihm zustehenden alternativen Befugniß der noxae deditio Gebrauch zu machen und nur dann diese Befugniß wegfällt, wenn der Schuldner es zur Execution hat kommen lassen[369]. Mag es auch bedenklich fallen, aus den von Noxalklagen handelnden Stellen allgemeine Folgerungen abzuleiten, weil für die Noxalklagen in manchen Beziehungen eigenthümliche Grundsätze gelten, so muß man doch schon deshalb einen Einfluß der Mora auf die alternative Befugniß in Abrede

---

Schuldner aber eine alternative Befugniß zusteht. Dies ist besonders klar für den Fall der L. 57. pr. D. cit., daß nur decem in obligatione sind, während der Schuldner die Befugniß hat, durch eine Honigleistung sich von der Schuld zu befreien. Beide Stellen handeln von Fällen, wo der Schuldner versprochen hat, die Schuld an den Gläubiger oder einen Dritten zu bezahlen. Die Obligation ist hier zwar dem Wortlaute nach eine alternative; die römischen Juristen sahen aber, wenn dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, die Sache so an, als ob auf den Dritten nicht obligationis causa, sondern nur solutionis causa Bezug genommen sei, so daß also durch Beifügung eines Dritten nur eine alternative Befugniß des Schuldners begründet wurde. Siehe Brandis, im Rhein. Museum Bd. V, S. 257 flg., welcher sich für seine Ansicht mit Recht auf L. 56. §. 2. L. 141. §. 3. D. 45. 1. L. 16. pr. L. 23. D. 46. 1. L. 95. §. 5 fin. L. 98. §. 5. D. 46. 3. beruft. Der Dritte, welcher hier beigefügt wird, ist nur solutionis causa adiectus.

369) L. 20. §. 5. D. 5. 3. L. 6. §. 1. D. 42. 1.

stellen, weil derselbe in den Quellen nicht anerkannt wird[370]). Nur dann ist selbstverständlich die Annahme eines solchen Einflusses der Mora gerechtfertigt, wenn sich die alternative Befugniß auf Vertrag gründet und nach der Vereinbarung diese Befugniß dem Schuldner nur in beschränkter Weise zustehen soll. c) Einfluß der Mora auf die Aufrechthaltung der Klage aus dem obligatorischen Verhältnisse. Auf den Lauf der Klagenverjährung ist die Mora an sich ohne Einfluß. Die Klagenverjährung wird durch die gewöhnliche Mahnung nicht unterbrochen, auch wenn dadurch eine Mora des Schuldners begründet wird; umgekehrt wird sie durch die Mittheilung der Klagschrift selbst dann unterbrochen, wenn nicht zugleich eine Mora für den Beklagten entsteht. Hiernach kommt namentlich der Untergang des Klagrechtes durch den Tod des Verpflichteten oder Berechtigten in Betracht. Auch in dieser Beziehung läßt sich der Mora als solcher im allgemeinen kein Einfluß auf die Aufrechthaltung des Klagrechtes zuschreiben. Zunächst ist die Unvererblichkeit von Seiten des Berechtigten zu betrachten und hier zu unterscheiden, ob die Ausübung des Klagrechtes durch Gesetz oder durch eine Privatverfügung (Vertrag oder letztwillige Verfügung) an das Leben des ursprünglich Berechtigten geknüpft ist. Ist das Klagrecht nach gesetzlichen Bestimmungen nicht vererblich, so kann es im allgemeinen nur dann auf den Erben des Berechtigten übergehen, wenn der Erblasser nach der Litiscontestation verstorben ist. In Ansehung der Injurienklage ist dies ausdrücklich ausgesprochen[371]). Von den davon vorkommenden Ausnahmen bezieht sich die eine auf die querela inofficiosi testamenti[372]); sie kommt aber für uns nicht in Be-

---

370) Siehe namentlich Wächter, Erörterungen H. 3, S. 118 flg. Zweifelhaft kann sein, ob nicht L. 36. D. 2. 14. sich dafür anführen lasse, daß die alternative Befugniß zwar nicht durch die Mora allein, wohl aber dadurch aufgehoben werde, daß er es zur Litiscontestation kommen läßt, ohne sich zuvor seiner Befugniß zu bedienen. Die angeführte Stelle bezieht sich auf einen Fall, wo Jemand das Grundstück eines Anderen besitzt, ohne mit demselben in einem Obligationsverhältnisse zu stehen und demnächst der Eigenthümer und der Besitzer sich vereinbart haben, daß der Besitzer das Grundstück einem Dritten übergeben solle. In diesem Falle soll dem Eigenthümer, sofern die Uebereinkunft zu Gunsten des Besitzers getroffen ist, rücksichtlich seiner Vindication die Einrede des Vertrages nur dann wirksam entgegenstehen, wenn es dem Besitzer nicht zur Last fällt, daß er das Grundstück nicht bereits dem Dritten übergeben hat. Diese Entscheidung kann hier aber nicht in Betracht kommen. Erstens können die Worte: per te non staret, quominus traderes, nicht auf eine eigentliche Mora bezogen werden, weil kein obligatorisches Verhältniß vorhanden ist, aus welchem gegen den Besitzer hätte geklagt werden können. Ferner handelt es sich hier darum, ob die Vindication des Eigenthümers durch die Einrede des Vertrages ausgeschlossen werden kann: diese Frage wird mit Rücksicht auf den vermuthlichen Willen der Paciscenten für den Fall, daß es am Besitzer lag, daß er nicht früher übergeben hatte, verneint; dieselbe läßt sich aber, wo eine Obligation mit alternativer Befugniß vorliegt, gar nicht aufwerfen, weil das Dasein einer alternativen Befugniß die Klage auf die Leistung, welche in obligatione ist, nie ausschließt.

371) L. 13. pr. L. 28. D. 47. 10. vgl. mit L. 10. §. 2. D. 2. 11.

372) S. z. B. L. 7. D. 5. 2.

tracht, da hier wegen des Gegenstandes der Klage von einer Mora des Schuldners nicht gesprochen werden kann. Die andere Ausnahme bezog sich auf die Dotalklage, indem hier gesagt wird, daß die Klage auf Rückgabe des Heurathsgutes, welche in den Fällen, wo sie der Ehefrau zustand, nicht vererblich war, dann auf deren Erben übergehe, wenn dem Ehemanne hinsichtlich der Rückgabe eine Mora zur Last falle [373]). Diese Ausnahme ist schon im Justinianeischen Rechte weggefallen, wo die Dotalklage auch ohne eine dem Verpflichteten zur Last fallende Mora vererblich ist. Ein Fall, wo die Vererblichkeit des Klagrechtes durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen ist, wird in L. 3. §. 1. 2. D. 34. 4. erwähnt. Es wird dort von einem Vermächtnisse gehandelt, welches zunächst dem Titius und für den Fall, daß dieser vor dem Empfange sterben würde, dem Sempronius hinterlassen ist. Hier geht nach der Entscheidung des Ulpian die Klage aus dem Testamente auf die Erben des Titius über, wenn der Onerirte eine Mora sich hat zu Schulden kommen lassen („si mora Titio ab herede facta est"). Ja, wenn der zunächst Bedachte minderjährig ist, soll ausnahmsweise eine Interpellation nicht nöthig sein, sondern die Vererblichkeit schon dann angenommen werden, wenn der Minderjährige den dies veniens erlebt hat. Dies beruht wohl auf der Erwägung, daß das Recht des zunächst Bedachten dem Willen des Erblassers gemäß nicht von der Bereitwilligkeit des Onerirten zur Leistung abhängig gemacht werden dürfe; wenn man hiervon ausging, mußte dem zunächst Bedachten ein Mittel, sich das Recht zu sichern und den Substituirten auszuschließen, dargeboten werden. Dieses Mittel konnte, wenn man sich an den Willen des Erblassers hielt, nur in der Darlegung des Willens, den Gegenstand des Vermächtnisses zu erwerben, bestehen; es konnte aber darüber gezweifelt werden, ob hier die Interpellation genügen oder die Erhebung der Klage oder sogar die Litiscontestation erfordert werden sollte. Darüber konnte nur die Auslegung des Willens des Testator (bei Verträgen die Auslegung des Willens der Contrahenten) entscheiden. Die angeführte Stelle ergiebt, daß die römischen Juristen wenigstens bei letztwilligen Verfügungen im Zweifel die Interpellation für hinreichend erachteten. Die Interpellation kommt aber hier nicht als Voraussetzung einer Mora des Schuldners, sondern nur als der erste Schritt zur Geltendmachung des Rechtes in Betracht; daher ist anzunehmen, daß das Vorliegen der subjectiven Voraussetzungen der Mora zum Uebergange der Klage auf die Erben nicht für nothwendig erachtet wurde [374]). — Auch die Vererblichkeit der Klage gegen den Verpflichteten wird durch die Mora nicht

373) Ulp. Fragm. Tit. VI. §. 7. Fragm. Vat. §. 95. 97. 112.

374) Der hier allein in Betracht kommende Gesichtspunkt wird in L. 9. D. 45. 1., wo mit Beziehung auf einen dem in L. 3. §. 1. 2. D. 34. 4. vorgetragenen in mancher Hinsicht ähnlichen Fall die Litiscontestation für nöthig erachtet wird, sehr bestimmt durch die Worte ausgedrückt: occupantis fore actionem.

bewirkt. Die hauptsächlichsten, hier in Betracht kommenden Klagen sind die Entschädigungsklagen aus Delicten, welche gegen den Erben des Verletzers nur auf die durch das Delict des Erblassers erlangte Bereicherung gingen. Diese Klagen gehen aber nur dann auf den ganzen Betrag gegen den Erben über, wenn der Verletzer nach der Litiscontestation gestorben ist. Die Begründung einer Mora des Schuldners hat diese Folge nicht; dies ergiebt sich z. B. daraus, daß das interdictum de vi gegen den Erben des Dejicienten nur auf die Bereicherung geht[375]), obschon doch in diesem Falle unmittelbar durch das Delict eine Mora begründet wird. Bei der condictio furtiva wurde es deshalb anders gehalten, weil man diese Klage nicht als eine Delictsklage betrachtete. Darüber, welche Grundsätze zur Anwendung kommen, wenn der Uebergang der Klage gegen die Erben des Verpflichteten durch eine Privatdisposition ausgeschlossen ist, findet sich nichts in den Quellen. Im allgemeinen werden hier, sowie in dem Falle, wenn die Dauer oder die Geltendmachung eines Forderungsrechtes auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist, die Grundsätze analog anzuwenden sein, welche bei der Unvererblichkeit von Seiten des Berechtigten gelten. Doch muß auch hier immer der muthmaßliche Wille der Betheiligten berücksichtigt werden. So kann man z. B. wenn die Betheiligten nur die Geltendmachung durch Erhebung der Klage im Auge gehabt haben, der außergerichtlichen Interpellation nicht die Wirkung beilegen, daß sie das Erlöschen des Rechtes durch den Tod des Verpflichteten oder durch den Ablauf der Zeit abwendet[376]). Es ist also, wie das bisher Bemerkte ergiebt, die Mora als solche, wenigstens nach dem neuesten römischen Rechte, ohne Einfluß auf die Aufrechthaltung des Klagrechtes. Die dessenungeachtet aufgestellte Behauptung, daß die Temporalklagen durch die Mora perpetuirt werden, findet in den Quellen keine Unterstützung[377]).

---

375) L. 1. §. 48. D. 43. 16.

376) Auch hier kann es auf eine eigentliche Mora des Schuldners nicht ankommen, und es haben daher Manche, wie Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. 1, §. 58. Fritz, Erläuterungen H. 3, S. 367, hier mit Unrecht von einer Folge der Mora gesprochen.

377) Die gedachte Behauptung wird von Mühlenbruch, Pandektenrecht §. 373 (Ausg. v. 1836) aufgestellt und lediglich auf L. 59. §. 5. D. 17. 1. gestützt. Siehe dagegen Mommsen, Mora §. 27, N. 22, S. 268. Der in dieser Stelle entschiedene Fall ist folgender. A. hat den B. beauftragt, dem Bläsius Severus eine bestimmte Geldsumme zu leihen und versprochen, ihn hinsichtlich dieses Geschäftes, so lange Bläsius Severus leben werde, vollständig schadlos zu halten. Nach wiederholter Mahnung des A. durch B. stirbt Bläsius, und es fragt sich nun, ob A. durch diesen Tod seiner Verpflichtung ledig wird. Paulus leugnet dies; mit dieser Entscheidung hat aber die Mora nichts zu thun. Die Beifügung des Termines hat nämlich nicht die Bedeutung, daß A. nach dem Tode des Bläsius nicht soll belangt werden können, sondern nur die, daß A. nur für das, was Bläsius selbst thun oder unterlassen werde, haften, nicht aber die Verbindlichkeit für einen nach dessen Tode eintretenden Schaden übernehmen will. Deshalb, weil der Gegenstand der actio mandati beschränkt ist, verliert aber die

5) Haftung des Schuldners für die Mora seiner Vertreter. Nachdem bisher die eigentlichen Wirkungen der Mora des Schuldners betrachtet worden sind, stehen noch zwei Fragen zur Beantwortung; die erste ist, inwiefern der Schuldner für die Mora seiner Vertreter haftet; die zweite, inwiefern die Nachtheile der Mora des Schuldners Dritte treffen können. Da die auf diese Fragen bezüglichen Entscheidungen der Quellen nicht immer ausreichen, so sind zugleich die von den Folgen der Culpa handelnden Stellen des römischen Rechtes analog zu benutzen. Insofern die Mora eine Haftung für die geschuldete Sache zur Folge hat, steht sie der Culpa auch hinsichtlich der Wirkung wenigstens sehr nahe; daher wird die Frage, ob die Perpetuation der Obligation auch für andere Personen als den ursprünglichen Schuldner von Bedeutung sei, in L. 91. §. 3 sq. D. 45. 1. promiscue für die Fälle der durch Culpa und Mora bewirkten Perpetuation besprochen[378]). In einer anderen Beziehung ist allerdings ein Unterschied vorhanden, indem der Gläubiger in den Fällen der Mora außer der ursprünglich geschuldeten Sache oder dem dafür zu leistenden Aequivalent noch ein besonderes Interesse wegen der gehinderten Benutzung beanspruchen kann. Dieser letztere Unterschied ist, wie sich später zeigen wird, auch nicht ohne Folgen geblieben. Zunächst ist die Haftung des Schuldners für die Mora seiner Vertreter in Betracht zu ziehen und dabei zwischen den Vertretern handlungsunfähiger Personen und den frei bestellten Vertretern zu unterscheiden. a) Haftung des handlungsunfähigen Schuldners für die Mora seines Vertreters. Die Entscheidungen der Quellen, welche sich auf die Mora des Vormundes beziehen, bestätigen im allgemeinen, daß der Bevormundete für die Mora des Vormundes hafte, ohne daß über die Art und Weise der Haftung ein bestimmter Aufschluß gegeben wird. Eben deshalb ist von den Grundsätzen auszugehen, welche hinsichtlich der Culpa des Vormundes gelten. Der Bevormundete haftet für die Culpa des Vormundes immer, soweit er dadurch bereichert ist; aber auch im Falle mangelnder Bereicherung findet wegen der Culpa des Vormundes eine Klage gegen den Bevormundeten statt, von welcher sich derselbe jedoch im letzteren Falle durch Cession der ihm gegen den Vormund zustehenden

---

Klage, wie sich von selbst versteht, ihre Eigenschaft als actio perpetua nicht. Dieses Sachverhältniß erkennt auch der Jurist hinreichend deutlich in den zur Motivirung seiner Entscheidung beigefügten Worten an: mandati obligationem perpetuam esse, licet in mandato adiectum videatur, indemnem rationem tuam esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blaesius Severus, praestaturum. Eine Bezugnahme auf die Mora war zur Begründung der Entscheidung nicht nöthig; eine solche ist auch in der Entscheidung des Juristen nicht enthalten. — Auch Madai, Mora S. 402 flg., welcher die Ansicht Mühlenbruch's bestreitet, faßt den in der angeführten Stelle entschiedenen Fall unrichtig auf; ebenso die in der vorigen Note erwähnten Rechtslehrer.

378) Vgl. auch L. 32. §. 5. D. 22. 1.

Klage an den Gläubiger befreien kann[379]). Diese Bestimmungen bezwecken zunächst die Sicherung des Bevormundeten gegen die nachtheiligen Folgen der Verschuldung des Vormundes[380]); zugleich wird aber auch der Beschädigte durch die Befugniß, im Namen des Bevormundeten gegen den Vormund zu klagen, möglichst sicher gestellt, da in dessen Folge die dem Bevormundeten durch Bestellung von Bürgen, Pfändern u. s. w. gewährten Sicherheitsmittel auch zur Sicherung des Anspruches des Beschädigten dienen. Die hinsichtlich der Culpa des Vormundes anerkannten Grundsätze gelten ohne Zweifel auch für die Fälle einer Culpa der Vertreter juristischer Personen[381]). Dieselben Regeln sind mit Mommsen nicht weniger dann anzuwenden, wenn dem Vormunde oder dem Vertreter einer juristischen Person eine Mora zur Last fällt. Wenn daher in den Quellen gesagt wird, daß der Pupill, wenn der Vormund interpellirt worden ist, auch nach dem Untergange der geschuldeten Sache hafte[382]), so sind auch hier dieselben Beschränkungen, wie in den Fällen der Culpa eines Vormundes, anzunehmen. Dafür spricht namentlich die in L. 91. D. 45. 1. ausgesprochene Gleichstellung der durch Mora und Culpa herbeigeführten Perpetuation der Obligation. Doch ist hier allerdings zu berücksichtigen, daß dem Vormunde unter Umständen dem Gläubiger gegenüber eine Mora zur Last fallen kann, ohne daß er hinsichtlich der Verwaltung des Mündelvermögens eine Culpa sich hat zu Schulden kommen lassen, z. B. bei Geldschulden des Bevormundeten, wenn sich im Vermögen desselben kein Geld und keine leicht verkäuflichen Sachen vorfinden und überdies der Credit des Bevormundeten der Aufnahme einer Anleihe unter einigermaßen günstigen Bedingungen entgegensteht. In einem Falle dieser Art treffen die Folgen der Mora des Vormundes ihrem ganzen Umfange nach den Bevormundeten[382a]). Gegen dieses Resultat kann man sich nicht auf L. 78. §. 2. D. 31. berufen. Nach dieser Stelle könnte es scheinen, als ob der Pupill oder die juristische Person für die Verzugszinsen immer hafte, nicht aber für die darüber hinausgehenden Folgen der Mora, das „damnum, si quod ex ea re fuerit secutum." Es wird aber zwischen den verschiedenen Folgen der Mora nicht unterschieden; denn die gedachten Worte lassen sich nach dem Zusammenhange nur auf die Urtheilszinsen beziehen. Ebensowenig kann man aus dieser Stelle folgern, daß der Vertreter hinsichtlich der eigentlichen Folgen der Mora oder wenigstens hinsichtlich der Verzugszinsen unbedingt zu haften habe. Vielmehr sind die von

---

379) L. 15. pr. D. 4. 3. L. 1. 3. D. 26. 9. L. 3. §. 1. D. 14. 4. L. 61. D. 26. 7.

380) S. L. 198. D. 50. 17.

381) Vgl. auch L. 15. §. 1. D. 4. 3.

382) L. 24. D. 45. 1.

382a) Siehe Mommsen, Mora §. 28, S. 271. Dagegen ist Wolff, Mora S. 480 flg. insofern abweichender Meinung, als er eine unbedingte Haftung des Bevormundeten für die Mora des Vormundes annimmt.

der Culpa handelnden Entscheidungen der römischen Juristen (vgl. die Stellen in Note 379) auch für die genauere Feststellung des Inhaltes der hier fraglichen Entscheidung zu benutzen. Der allgemeine Ausdruck in der angeführten Stelle erklärt sich daraus, daß gerade in Bezug auf die Zinsen häufig eine Bereicherung des Vertretenen vorliegen wird, indem der Vertreter behufs rechtzeitiger Zahlung Geld zinsbar aufnehmen oder ein zinsbares Kapital des Vertretenen hätte einziehen müssen. b) Haftung des Schuldners für die Mora frei bestellter Vertreter. Die Verschuldung des Vormundes soll dem Pupillen deshalb nicht schaden, weil die Bestellung des Vormundes von ihm nicht abgehangen hat. Da dies hinsichtlich der frei bestellten Vertreter nicht zutrifft, so geht hier die Haftung weiter. Dieselbe ist aber nicht für alle Fälle gleich, und deshalb sind die verschiedenen Arten der Vertreter zu unterscheiden. Ist die Verzögerung der Leistung durch die Schuld eines Universalprocurators herbeigeführt, so haftet der Principal unbedingt für alle nachtheiligen Folgen derselben. Dies ergiebt sich aus der dem Universalprocurator im allgemeinen rechtlich eingeräumten Stellung. Ebenso wird eine unbedingte Haftung des Principals für die Mora des Institor, welchem der magister navis gleichsteht, anzunehmen sein, wenn die Erfüllung der Obligation zu den in dem Kreise seiner Verwaltung begriffenen Geschäften gehört. In Ermangelung ausdrücklicher Stellen, welche dies bestätigen, sind die hinsichtlich der Culpa des Institors geltenden Grundsätze anzuwenden, welche zu der Annahme einer unbedingten Haftung des Principals führen [383]). Hat die Schuld eines Specialbevollmächtigten die Verzögerung der Leistung herbeigeführt, so ist ebenfalls eine unbedingte Haftung des Principals anzunehmen, wenn der Inhalt des dem Procurator ertheilten Auftrages die Verzögerung veranlaßt hat, indem der Procurator sich ganz an den Auftrag gehalten hat. Aber auch abgesehen von diesem Falle wird der Principal nach Analogie der für die Culpa geltenden Grundsätze für die Mora seines Vertreters haften, wenn er nicht den Mangel einer Verschuldung bei der Wahl des Procurators darthun kann [384]). Kann er diesen Beweis erbringen, so haftet er nur insoweit, als er durch die Verzögerung der Leistung bereichert ist [385]). Nach den über freie Stell-

383) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 273. Obgleich die Ansichten hier sehr getheilt sind, so muß man doch den allgemeinen Satz der L. 1. §. 5. D. 14. 1.: omnia enim facta magistri debet praestare, qui eum praeposuit, auch in den Fällen einer culposen Nichterfüllung eingegangener Verpflichtungen zur Anwendung bringen. S. auch L. 5. §. 8. 10. D. 14. 3.

384) Siehe über die für die culpose Nichterfüllung einer Obligation geltenden Grundsätze insbesondre L. 10. §. 1. L. 11. 20. D. 13. 6. L. 11. pr. L. 60. §. 7. D. 19. 2. und Hasse, Culpa S. 408—413. Daraus, daß in mehreren Stellen die Haftung für die Culpa des Procurators als Regel aufgestellt wird, folgt, daß der Schuldner den Mangel einer Verschuldung bei der Wahl des Procurators beweisen muß. Vgl. Hasse a. a. O. S. 411 flg.

385) S. auch L. 15. §. 2. D. 4. 3.

vertreter geltenden Grundsätzen ist auch zu beurtheilen, inwiefern ein socius für die Mora der anderen socii, ein Erbe für die Mora der Miterben zu haften hat. Die Gemeinschaft als solche verpflichtet nicht dazu[386]).

6) Haftung Dritter für die Mora des Schuldners. Zunächst haftet immer der Schuldner selbst für die ihm zur Last fallende Mora; damit die Wirkungen der Mora auch Dritte treffen können, muß ein bestimmtes Verhältniß zwischen diesen Dritten und dem Schuldner bestehen, welches eine Haftung für fremde Verschuldung begründen kann. Die in dieser Beziehung in Betracht kommenden Verhältnisse sind väterliche Gewalt, Bürgschaft, Correalverbindlichkeit, Beerbung. a) Väterliche Gewalt. Selbstverständlich haften die unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder, welche sich hinsichtlich der von ihnen eingegangenen Verpflichtungen eine Mora zu Schulden kommen lassen, für deren Folgen; aber auch gegen den Vater ist die Mora wirksam, jedoch mit der überhaupt für Klagen aus Schuldverhältnissen der Kinder gegen den Vater regelmäßig geltenden Beschränkung, daß der Vater nur bis zum Betrage des Peculium haftet[387]). Die gedachte Beschränkung fällt ausnahmsweise weg, wenn der Haussohn als Institor oder magister navis vom Vater bestellt war, sowie wenn die actio quod iussu begründet ist. Die unbedingte Haftung des Vaters für die Folgen der Mora des Sohnes im ersten Falle folgt aus dem, was über die Haftung des Schuldners für die Mora freier Stellvertreter kurz vorher unter 5. lit. b. bemerkt worden ist. Dieselben Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn der Vater Befehl oder Auftrag zur Vornahme des Geschäftes ertheilt hat und daher die actio quod iussu begründet ist. Der Vater wird in diesem Falle ausdrücklich demjenigen, welcher als Mandatar oder Bürge für den Sohn intercedirt hat, gleichgestellt und er hat wie ein Bürge, welcher sich in omnem causam negotii verpflichtet hat, zu haften[388]). Wenn dem Vater in Bezug auf das, was mit der actio de peculio von ihm gefordert werden kann, eine Mora zur Last fällt, so ist dies selbstverständlich für den Sohn ohne nachtheilige Folgen, da das Verhältniß des Sohnes zu dem Vater als solchem keine Haftung für das Thun oder Unterlassen des Letzteren begründet und der Vater sich auch nicht als Vertreter des Sohnes betrachten läßt[389]). Aber auch

---

386) Die Nichthaftung des Miterben als solchen für die Verschuldung des anderen Miterben geht hervor aus L. 9. 10. D. 16. 3. L. 48. §. 1. D. 30.

387) L. 49. pr. D. 45. 1. L. 32. §. 3. fin. D. 22. 1.

388) L. 8. C. IV. 26. Ebenso stellt L. 91. §. 5. D. 45. 1. den Vater, auf dessen Befehl der Sohn eine Verpflichtung übernommen hat, durch die Worte: quasi accessionem intelligens eum, qui iubeat, den Bürgen gleich und begründet dadurch den Satz, daß der Sohn durch eine culpose Vernichtung des Gegenstandes der Obligation auch die Obligation des Vaters perpetuirt.

389) L. 49. pr. D. 45. 1. Wenn in L. 32. §. 3. D. 22. 1. gesagt wird: in filium tamen dabitur actio in hoc, ut, quod minus a patre actor consecutus est, filius praestet, so bezieht sich dieses nur darauf, daß der Sohn für den ursprüng-

der Vater wurde nach dem älteren strengen Rechte durch seine Mora nicht verpflichtet, weil eine über die Hauptobligation hinausgehende accessorische Verbindlichkeit nicht zugelassen wurde. Dies beruht auf demselben Grundsatze, in dessen Gemäßheit die Vernichtung des geschuldeten Gegenstandes durch den Bürgen nicht nur die Verpflichtung des Hauptschuldners, sondern auch die accessorische Verbindlichkeit des Bürgen aufhob und dem Stipulator nur eine actio doli gegen den Bürgen zugestanden oder ein Fall statuirt wurde, wo die verlorene Klage nach dem Edict zu restituiren sei[390]. Sowie man aber in dem letzten Falle später eine utilis actio gegen den Bürgen verstattete[391], so gab man auch gegen den Vater eine utilis actio, wenn ihm eine Mora zur Last fiel und nach der Mora eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten war[392]. Dagegen ist es auch für das spätere römische Recht zweifelhaft, ob die Mora des Vaters einen Anspruch auf Früchte, Zinsen u. s. w. gegen denselben begründete[393]. Für das heutige Recht ist dies jedoch jedenfalls anzunehmen, da die Uebereinstimmung der accessorischen Verpflichtung mit der Hauptobligation heutzutage nicht mehr in einer so strengen Weise aufgefaßt wird. b) Bürgschaft. Die Bürgschaft bezweckt, dem Gläubiger eine Sicherheit für die Erfüllung der Hauptobligation zu gewähren, namentlich den Gläubiger gegen die Folgen der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu sichern. Der Bürge haftet demnach ohne Zweifel, wenn gar keine wahre Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, der Hauptschuldner aber nicht die nöthigen Geldmittel hat, die Obligation zu erfüllen. Aber ebensosehr haftet der Bürge nach dem Zwecke der Bürgschaft auch dann, wenn der Hauptschuldner durch Dolus oder Culpa eine wahre Unmöglichkeit der Leistung bewirkt hat und nun außer Stande ist, das zu leistende Aequivalent zu zahlen. Dies erkennen auch die Quellen ausdrücklich an[394]. Dasselbe, was von der Haftung des

---

lichen Betrag der Obligation verpflichtet bleibt und, wenn der Gläubiger nicht diesen ganzen Betrag vom Vater erlangen kann, für den Rest haftet. Daß von Wirkungen der Mora des Vaters, welche den Sohn träfen, nicht die Rede sein kann, ergiebt sich daraus, daß kurz vorher in der Stelle bemerkt ist, daß auch der Vater wegen seiner eigenen Mora nicht hafte. Siehe Wolff, Mora S. 479. Mommsen, Mora §. 29, N. 3, S. 275.

390) Vgl. Mommsen, Beitr. zum Obligationenrechte Abth. I, S. 302 flg.

391) Vgl. L. 19. D. 4. 3. L. 32. §. 5. D. 22. 1. L. 38. §. 4. L. 95. §. 1. D. 46. 3.

392) L. 49. pr. D. 45. 1.: at si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est.

393) In der L. 32. §. 3. D. 22. 1. sagt nämlich Marcian: si quidem pater duntaxat convenietur, ex mora sua non tenetur (sc. pater): in filium etc. Wahrscheinlich beziehen sich aber diese Worte auf die Haftung wegen Verzugszinsen, von welchen im §. 2 der angeführten Stelle die Rede ist; denn die Entscheidung im §. 5 derselben Stelle läßt nicht bezweifeln, daß Marcian hinsichtlich der Haftung des Vaters für die später eintretende Unmöglichkeit der Leistung dieselbe Ansicht hat, wie Paulus in der L. 49. pr. D. 45. 1.

394) L. 1. §. 14. D. 16. 3. L. 2. D. 46. 1.

Bürgen für die durch Dolus oder Culpa des Hauptschuldners herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung gilt, nehmen die Juristen auch hinsichtlich der Haftung für die nach dem Anfange der Mora des Hauptschuldners eintretende Unmöglichkeit an. Als allgemeine Regel wird aufgestellt, daß die Mora des Hauptschuldners die Obligation auch für den Bürgen perpetuirt[395]). Eine Haftung des Bürgen für das Interesse, welches der Gläubiger neben dem ursprünglichen Gegenstande der Obligation von dem säumigen Schuldner fordern kann, z. B. Verzugszinsen, Früchte u. s. w. wird nicht ebenso unbedingt von den römischen Juristen anerkannt; vielmehr wird eine Haftung des Bürgen für die zuletzt erwähnten Folgen der Mora nur dann angenommen, wenn er eine Verpflichtung in omnem causam negotii übernommen hat[396]). Auf eine mit ausdrücklichen Worten vom Bürgen geschehene Uebernahme einer solchen Verpflichtung kommt es nicht an, vielmehr muß die Auslegung des Bürgschaftsvertrages darüber entscheiden, ob eine auf das Benutzungsinteresse sich erstreckende Haftung des Bürgen anzunehmen sei. Demzufolge erkannten die römischen Juristen eine solche Haftpflicht an, wenn der Bürge dem Gläubiger ganz allgemein die Indemnität versprochen hatte[397]) oder wenn er ihm Sicherheit zugesagt hatte hinsichtlich dessen, was der Hauptschuldner aus einem gewissen obligatorischen Verhältnisse zu zahlen haben werde[398]). Es scheint sogar, daß man, wenn der Buchstabe des Vertrages, welcher wegen der zur Eingehung der Bürgschaft nothwendigen Stipulationsform von erheblichem Gewichte war, keine Beschränkung enthielt, im Zweifel eine Verpflichtung in omnem causam negotii annahm[399]). Nach den jetzt im

---

395) L. 58. §. 1. D. 46. 1. L. 91. §. 4. D. 45. 1. Siehe auch L. 24. §. 1. D. 22. 1. L. 88. init. D. 45. 1.

396) L. 54. pr. D. 19. 2. L. 2. §. 12. D. 50. 8. Vgl. auch L. 68. §. 1. D. 46. 1. L. 5. C. IV. 54.

397) L. 54. pr. in fin. D. 19. 2. L. 10. D. 46. 6. L. 3. D. 27. 7.

398) L. 1. §. 13. D. 36. 3.

399) Dafür sprechen, außer den in den vorigen Noten angeführten Stellen, besonders der L. 1. §. 13. D. 36. 3., namentlich L. 2. §. 12. D. 50. 8. und L. 68. §. 1. D. 46. 1., indem nach der ersten Stelle diejenigen, welche sich in universam conductionem verbürgt haben, auch hinsichtlich der Zinsen haften, „nisi proprie quid in persona eorum verbis obligationis expressum est, in der letzten Stelle aber die Verbürgung in omnem causam und die Verbürgung für eine bestimmte Summe einander entgegengesetzt werden. Vgl. Mommsen, Mora §. 29. Girtanner, Bürgschaft S. 415 flg. Die übrigen Stellen, aus welchen man hat ableiten wollen, daß im Zweifel eine Haftpflicht des Bürgen hinsichtlich der Verzugszinsen, Früchte u. s. w. anzunehmen sei, sind für die vorliegende Frage ohne Bedeutung. So ist auf L. 24. §. 1. D. 22. 1., wo nur gesagt wird, daß der Bürge hafte, wenn dem Hauptschuldner eine Mora zur Last fällt, kein Gewicht zu legen, weil der Umfang der Haftung des Bürgen nicht näher angegeben wird. Ebenso unbestimmt ist der in L. 44. D. 38. 1. und in L. 88. D. 45. 1. aufgestellte Satz, daß die Mora des Hauptschuldners auch dem Bürgen schade; außerdem kommt in Betracht, daß die erste Stelle in dem hierher gehörigen Theile sich nicht auf einen Fall der eigentlichen Mora bezieht, und daß

Verkehr herrschenden Ansichten wird man zur Auslegung des Bürgschaftsvertrages in der letzteren Weise noch eher geneigt sein, wenn die Bürgschaft für eine Schuld ohne ausdrückliche Beifügung einer Beschränkung übernommen ist; auch binden uns gegenwärtig bei der Auslegung des Bürgschaftsvertrages die strengen, für die Auslegung der Stipulationen bei den Römern geltenden Grundsätze selbstverständlich nicht mehr[400]). Macht der Bürge einer Mora sich schuldig, so gilt dasselbe wie für den Fall der Mora des Vaters[401]). Von selbst versteht sich, daß der Hauptschuldner nicht für die Folgen der Mora des Bürgen haftet, da der Bürge für ihn, nicht aber er für den Bürgen die Haftung übernommen hat. Nach älterem Rechte galt nicht einmal eine Haftung des Bürgen für die eigene Mora; später verstattete man gegen ihn wie gegen den Vater eine utilis actio[402]). Ueber die Frage, ob die Mora des Bürgen denselben zur Leistung von Verzugszinsen u. s. w. verpflichte

---

die letztere Stelle von einem Falle handelt, in welchem die Mora des Hauptschuldners selbst für diesen wegen der strengen Natur der Obligation keine Verpflichtung zur Leistung der Früchte u. s. w. begründete. Noch weniger können L. 91. §. 4. D. 45. 1. und L. 56. §. 2. D. 46. 1. angeführt werden. Wenn es in der ersten Stelle heißt, daß die Hauptschuldner auch für die Bürgen die Obligation perpetuiren, „quia in totam causam spoponderunt", so bezieht sich dies nicht auf den Umfang der Haftung, sondern nur darauf, daß der Bürge für die Erfüllung der Obligation einzustehen verspricht, gleichviel aus welchem Grunde dieselbe unterblieben ist (natürlich vorausgesetzt, daß die Obligation noch besteht). Ebenso läßt sich aus den Worten der L. 56. §. 2. D. 46. 1.: in omnem causam acceptus [fideiussor] videtur" nicht ableiten, daß, in Ermangelung einer ausdrücklichen Stipulation des Gegentheiles, immer eine Verbürgung in omnem causam negotii in dem oben im Texte angenommenen Sinne von den römischen Juristen anerkannt sei. Die gedachten Worte beziehen sich nach dem Zusammenhange nur darauf, daß der Bürge für die Rückgabe des vom Gläubiger hingegebenen Geldes hafte, gleichviel ob die condictio schon durch die Hingabe oder erst durch die von Seiten des Schuldners erfolgte Consumtion des Geldes begründet sei. — Für das heutige Recht ist übrigens die erwähnte Streitfrage ohne Bedeutung, sofern man nur annimmt, daß es allein auf die Auslegung des Bürgschaftsvertrages ankommt, ob eine Verpflichtung des Bürgen hinsichtlich der Verzugszinsen, Früchte u. s. w. begründet sei und eine Uebernahme der gedachten Verbindlichkeit mit ausdrücklichen Worten nicht für erforderlich hält. S. Mommsen a. a. O. Weitläufig handelt über diese Streitfrage Madai, Mora §. 57. Er spricht sich gegen die oben erwähnte Ansicht aus, berücksichtigt aber das Letztere nicht hinreichend.

400) Letzteres hebt besonders hervor Girtanner, Bürgschaft S. 416 flg.

401) L. 49. pr. in fin. D. 45. 1. Seitdem das beneficium excussionis eingeführt ist, kann freilich eine selbstständige Mora des Bürgen nicht leicht vorkommen, außer wenn er auf die gedachte Rechtswohlthat verzichtet hat. Auch davon abgesehen, werden in manchen Fällen die Voraussetzungen für den Eintritt einer Mora des Bürgen nicht vorhanden sein, z. B. wenn die Obligation eine von dem Hauptschuldner persönlich vorzunehmende Leistung zum Gegenstande hat; arg. L. 44. D. 38. 1. Umgekehrt giebt es Fälle, wo für den Hauptschuldner keine Mora eintreten kann, wohl aber für den Bürgen; z. B. wenn für eine Naturalobligation gebürgt worden ist. L. 127. D. 45. 1.

402) L. 49. pr. i. f. L. 91. §. 4. D. 45. 1. L. 32. §. 5. D. 22. 1. L. 44. i. f. D. 38. 1.

oder nur eine verstärkte Haftung für den Gegenstand der Obligation selbst nach sich ziehe, fehlt es an einer ausdrücklichen Entscheidung in den Quellen; nach heutigem Rechte ist auch hier anzunehmen, daß die Wirkungen der eigenen Mora vollständig gegen den Bürgen eintreten. c) Correalverbindlichkeit. Der neueste Schriftsteller über die Mora, Mommsen, geht hier von folgenden Sätzen aus. Der Zweck der Errichtung einer Correalobligation bestehe in der Erlangung größerer Sicherheit und Bequemlichkeit in der Rechtsverfolgung[403]). Der Zweck sei also im wesentlichen derselbe, wie der der Bürgschaft. Abgesehen von den positiven Entscheidungen der Quellen würden daher die für die Bürgschaft geltenden Bestimmungen auf die Correalverbindlichkeit zu übertragen und es würde demzufolge anzunehmen sein, daß der Correalschuldner für die Culpa des Mitschuldners sowie für dessen Mora, wenigstens insoweit dieselbe eine Perpetuation der Obligation begründet, hafte. Die Quellen schienen jedoch diesem Resultate zu widersprechen. Die hauptsächlich in Betracht kommenden Stellen sind: 1) L. 18. D. 45. 2.: Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet. 2) L. 32. §. 4. D. 22. 1.: Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet. 3) L. 173. §. 2. D. 50. 17.: Unicuique sua mora nocet: quod et in duobus reis promittendi observatur. Die meisten Ausleger, und mit ihnen Mommsen, beziehen die erste Stelle auf die Culpa[404]) und nehmen deshalb

---

403) Savigny, Obligationenrecht Bd. 1, S. 218 flg.

404) Schriftsteller, welche dieser Meinung sind, führt an Ribbentrop, Correalobligation S. 28 flg. N. 28., welcher sich selbst derselben anschließt. A. M. sind Wolff, Mora S. 192—199 und Girtanner, Bürgschaft S. 408 flg., welche eine Haftpflicht des einen Correalschuldners für die Culpa des anderen nicht anerkennen. Sie beziehen, um die L. 18. D. 45. 2. mit ihrer Ansicht zu vereinigen, deren Ausspruch auf besondere Fälle, Wolff namentlich auf den Fall, wenn mehrere Personen unter derselben Bedingung, d. h. für den Fall der Nichterfüllung irgend einer Verbindlichkeit, irgend etwas zu leisten versprochen haben, z. B. eine Conventionalstrafe. Mit Eintritt der Bedingung werde die obligatio des correi wirksam, und da nichts darauf ankomme, ob selbst die Erfüllung der obligatio principalis durch Casus unmöglich geworden sei, so müsse auch eine durch einen Dritten oder einen correus herbeigeführte Unmöglichkeit, da diese juristisch als Casus zu betrachten sei, als völlig unerheblich erscheinen. Wolff findet nun dieses in L. 18. D. cit. anerkannt. Unter dem factum, von welchem Pomponius spricht, sei eine Handlung zu verstehen, welche die Leistung des Gegenstandes der Obligation unmöglich macht; dies könne in dem concreten Falle Tödtung oder Manumission des Sclaven sein; dabei sage der Jurist ganz unbestimmt, diese Handlung des einen correus schade auch dem anderen. In welcher Art sie ihm schade, davon werde in der Stelle nichts gesagt. Die Handlung des einen correus könne in dem genannten Falle dem anderen nur dadurch schaden, daß ihm die Erfüllung derjenigen Obligation, deren Nichterfüllung die Bedingung für die zweite Obligation ist, unmöglich gemacht, er daher nunmehr aus der letzteren wirksam verpflichtet werde. Dagegen bemerkt Mommsen, es liege nichts vor, daß Pomponius nur an diese Fälle gedacht habe; auch bedürfe es nach seiner Ausführung solcher Suppositionen

an, daß der eine Correalschuldner für die Culpa des anderen hafte. Die beiden anderen Stellen stellen dagegen in großer Allgemeinheit die Regel auf, daß die Mora des einen Correalschuldners dem anderen nicht schade. Hingesehen auf die Wirkungen der Mora findet Mommsen die erwähnten Quellenaussprüche nicht wohl mit einander vereinbar, da die durch die Mora herbeigeführte Perpetuation der Obligation der durch die Culpa herbeigeführten sonst gleichgestellt werde. Ausgehend dagegen von der Begründung der Mora findet Mommsen es leicht erklärlich, weshalb für die Mora der Correalschuldner andere Grundsätze als für Culpa gelten und weshalb die Correalverbindlichkeit in der fraglichen Beziehung abweichend von der Bürgschaft behandelt sei. Es bedürfe nämlich zur Begründung der Mora regelmäßig einer Handlung des Gläubigers, welche eine bestimmte Richtung gegen den Schuldner hat, der Interpellation. Eine Ausnahme von dem Erfordernisse der Interpellation sei nach römischem Rechte, abgesehen von der durch Delict begründeten, hier nicht in Betracht kommenden Mora, nur in den Fällen der Abwesenheit des Schuldners anerkannt worden; auch in diesen Fällen habe es aber gleichfalls einer auf die Person des Schuldners sich beziehenden Thätigkeit des Gläubigers bedurft. Wenn nun von der Mora blos eines Correalschuldners gesprochen werde, so sei anzunehmen, daß der Gläubiger nur diesen nicht aber die übrigen interpellirt habe. Daraus aber, daß der Gläubiger die von seiner Seite zur Begründung der Mora nöthige Thätigkeit nur gegen den einen Correalschuldner, nicht gegen die übrigen, gerichtet hat, könne man wohl die Folgerung ziehen, daß es ihm nur darum zu thun gewesen sei, diesen bestimmten Schuldner in Verzug zu versetzen und dessen Verbindlichkeit zu steigern. Es sei gewissermaßen ähnlich, wie wenn der Gläubiger mit dem einen Correalschuldner einen Separatvertrag über eine Veränderung in der Haftung wegen der Culpa abschließe, was nach der Begründung der Correalobligation geschehen könne, ohne die Einheit der Obligation aufzuheben, aber auf die Verbindlichkeit der übrigen Schuldner keinen Einfluß habe[405]). Nehme man diese Erklärung an, so mache die verschiedene Behandlung der Mora und der Culpa bei der Correalverbindlichkeit keine Schwierigkeit; daß aber bei der Bürgschaft anders als bei der gewöhnlichen Correalobligation die Wirkungen der Interpellation des Hauptschuldners sich, wenigstens theilweise, auch auf den Bürgen er-

---

nicht, da die L. 18. D. cit. mit der Natur und dem Zwecke der Correalverbindlichkeit nicht im Widerspruche stehe.

405) Dieselbe Erklärung, wie Mommsen, hat im wesentlichen schon Ribbentrop, Correalobligation S. 28 flg., bes. S. 35 flg. und Esmarch, de diff. inter moram solvendi et culpam p. 78. Andere Rechtslehrer, wie Donellus, Comm. iur. civ. Lib. XVI. cap. 25. und Savigny, Obligationenrecht Bd. 1, S. 160 nehmen an, daß zwar ein positives Handeln des Correalschuldners gegen die Obligation (eine culpa in faciendo) den anderen Correalschuldner verpflichte, daß dagegen ein bloßes Unterlassen des Einen den übrigen Schuldnern nicht zum Nachtheil gereichen solle.

strecken, erkläre sich zur Genüge aus der accessorischen Natur dieses Verhältnisses. Gegen diese Deduction Mommsen's ist folgendes zu erinnern[406]). Der allgemeine Gesichtspunkt, daß der Zweck der Correalobligation im wesentlichen mit dem Zwecke der Bürgschaft zusammenfalle, kommt hier nicht in Betracht und ist vielmehr zu vermeiden. Ueberhaupt ist von dem bisherigen Standpunkte aus, von welchem aus die Correalobligation als wahre una obligatio für duo pluresve rei aufgefaßt worden ist, die Frage, ob die Mora des einen Correalschuldners dem anderen schade, unlösbar. Wenn man aber mit Helmolt die Correalobligationen als zwei oder mehrere Solidar-Hauptobligationen, im Gegensatze zu bloßen Solidar-Nebenobligationen, z. B. der Bürgschaft, auffaßt, so kann die Frage nicht zweifelhaft sein, ob die Mora des einen Correalschuldners dem anderen schadet. Denn jeder Correalschuldner ist Solidar-Hauptschuldner; seine obligatio wird aus seiner Person, ex propria persona, beurtheilt, während die obligatio jedes Nebenschuldners, z. B. des Bürgen, aus der Person des Hauptschuldners, also ex aliena persona zu beurtheilen ist. Die Entscheidung muß dahin ausfallen: Jedem Hauptschuldner, also auch jedem von mehreren Solidar-Hauptschuldnern (d. h. Correalschuldnern) schadet nur die eigene Mora; dagegen schadet die Mora des Hauptschuldners jedem Nebenschuldner, z. B. dem Bürgen; nicht aber schadet umgekehrt die Mora des Nebenschuldners dem Hauptschuldner, vielmehr schadet die Mora des Nebenschuldners lediglich ihm selbst. Mit diesem sich von selbst verstehenden Resultate stimmen, soviel die Correalobligationen betrifft, die zweite und dritte der vorher angeführten Stellen überein, welche ausdrücklich aussprechen, daß die Mora des einen Correalschuldners dem anderen nicht schade. Bei dieser Klarheit und einfachen Folgerichtigkeit der Quellen würde es unbegreiflich erscheinen, wie man über die Mora bei Correalobligationen in der bisherigen Literatur so viel hat streiten können, wenn nicht einestheils die unrichtige Auffassung der Correalobligation selbst dies erklärlich machte, und anderntheils nicht zugegeben werden müßte, daß die erste der oben angeführten Stellen (L. 18. D. 46. 2.) äußerlich zu Zweifeln Veranlassung geben kann. Die Worte derselben lauten ziemlich allgemein, und da die Mora sonst wohl aus factis hergeleitet, bezüglich diesen gleichgestellt wird, so sollte man glauben, daß Pomponius in der L. 18. cit. auch die Mora gemeint habe und es sich nur um die Erklärung der ausdrücklichen Ausnahme in anderen Stellen handele[407]). Wäre die L. 18. cit. nicht vor-

406) Vgl. Helmolt, die Correalobligationen, Gießen 1857, S. 103 flg., S. 144 flg., N. 27.

407) Von diesem Standpunkte aus kommt Briez, krit. Blätter N. 4, S. 33 zu dem Resultate: „Leider hat Savigny diesen Punkt nicht behandelt; uns selbst ist er unauflöslich"; während Kuntze, die Obligation und Singularsuccession des röm. und heut. Rechtes (Leipzig 1856) S. 155 sagt: „Hiernach bleibt nichts übrig, als dieselbe (die L. 18. D. 46. 2.) fallen zu lassen, wofern

handen, wäre man überhaupt von der richtigen Anschauung der Quellen ausgegangen, so hätte der ganze Streit nicht entstehen können[408]). Die L. 18. cit. bezieht sich nur auf die aus Vertrag oder Testament entspringenden Correalobligationen und ist selbst der Ausfluß einer ausnahmsweise sehr weit gehenden Auslegung des im Zweifel anzunehmenden Willens des Contrahenten oder des Erblassers. Unseren heutigen Ansichten würde dies allerdings ebensowenig entsprechen als die Willensinterpretation, daß die bloße Anstellung der Klage gegen einen der Correalschuldner im Zweifel auch die Ansprüche des Gläubigers gegen alle übrigen Correalschuldner aufheben solle, wie ja letzteres nach dem ausdrücklichen Zeugnisse Justinian's[409]) schon bei den Römern dem allgemeinen Verkehrswillen nicht entsprach. Die älteren römischen Juristen hielten aber diese ausnahmsweise im Zweifel anzunehmende Auslegung des Willens für zulässig, ohne jedoch soweit zu gehen, daß sie in der vertragsmäßigen oder testamentarischen Begründung von Correalobligationen auch die gegenseitige Uebernahme der Mora von Seiten jedes Correalschuldners erblickten. Diese Grenze in der ausdehnenden Willensauslegung wird denn auch klar von ihnen angegeben in den Worten: si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet. Dies ist nichts als der Ausfluß aus dem Wesen und Begriffe zweier Hauptschuldner, während die L. 18. cit. als eine exceptionelle Abweichung von diesem Begriffe erscheint. d) Beerbung. Die Erben haften nicht allein für die eigene Mora, sondern auch für die Mora ihres Erblassers, und es ist gewiß nur zufällig, daß dieser Satz blos in Ansehung der Perpetuation ausdrücklich anerkannt ist[410]). Dabei ist jedoch vorausgesetzt, daß sie wirklich in das obligatorische Verhältniß des Erblassers eingetreten sind. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, so kann selbstverständlich auch von einer Haftung für die Mora des Erblassers nicht die Rede sein. Ebenso hat die einmal begründete Mora des Schuldners ihre Bedeutung nicht allein für den ursprünglichen Gläubiger, sondern ebenso sehr für dessen Erben, wenn diese in das Forderungsrecht eingetreten sind. War der Schuldner dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber in Verzug, so ist keine neue Interpellation von Seiten der Erben nöthig, um den Schuldner auch diesen gegenüber in moram zu versetzen[411]).

B. Wirkungen der Mora des Gläubigers. Die Wirkungen der Mora des Gläubigers können nicht auf Ein Princip zurück-

---

man sich nicht etwa zu einer mehr oder weniger gefälligen Emendation herablassen will."

408) Vgl. besonders Helmolt a. a. O. S. 107.

409) In L. 28. C. de fideiussor (VIII. 40. (41.))

410) L. 91. §. 4. D. 45. 1.: perpetuatur obligatio tam ipsorum, quam successorum eorum. Die von Madai §. 61 hierher bezogene L. 47. D. 19. 1. läßt sich schwerlich auf eine Mora im technischen Sinne beziehen. Vgl. N. 116.

411) L. 27. D. 22. 1.

geführt werden; obschon auch zwischen den einzelnen Wirkungen ein naher Zusammenhang besteht, so treten doch die verschiedenen Richtungen, in welchen die Mora des Gläubigers wirksam erscheint, selbstständiger hervor, als dies hinsichtlich der Mora des Schuldners der Fall ist. Im Nachfolgenden sind folgende drei Punkte zu betrachten: 1) Einfluß der Mora des Gläubigers auf die Verbindlichkeit selbst; 2) Verpflichtung des Gläubigers zum Schadenersatze; 3) Mittel des Schuldners, sich ohne Mitwirkung des Gläubigers von der Verbindlichkeit zu befreien.

1) Einfluß der Mora des Gläubigers auf die Verbindlichkeit selbst. In der Verweigerung der Annahme kann, insofern nicht etwas anderes hinzutritt, kein Verzicht auf die Leistung zu Gunsten des Schuldners, keine schenkungsweise geschehene Befreiung des Schuldners gefunden werden; eine solche Auslegung würde in die bloße Weigerung etwas hineinlegen, was nicht darin liegt. Daher kann die Mora des Gläubigers allein den Schuldner nicht völlig von seiner Verbindlichkeit befreien; sie kann den Schuldner nicht berechtigen, den Gegenstand der Obligation als ihm selbst gehörig anzusehen und zum eigenen Vortheil darüber zu verfügen. Auf der anderen Seite kann aber der Umstand, daß derjenige, auf dessen Vortheil die Obligation berechnet ist, die von seiner Seite zur Erfüllung erforderliche Mitwirkung versagt, nicht ohne Einfluß auf die Verbindlichkeit selbst sein. Es würde entschieden unbillig sein, wollte man trotz der Verweigerung der Annahme von Seiten des Gläubigers den Schuldner fortwährend als in gleichem Maße verpflichtet betrachten; der Gläubiger würde sogar, wenn er Letzteres verlangen wollte, mit seinem eigenen Benehmen in Widerspruch treten. Das römische Recht hat denn auch einen anderen Weg eingeschlagen, welcher in der That der Natur des Verhältnisses durchaus entspricht. Es ergeben dies folgende Stellen: 1) L. 17. init. D. 18. 6.: Illud sciendum est, cum moram emtor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore .... 2) L. 5. init. D. eod.: Si per emtorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari .... 3) L. 9. D. 24. 3.: Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum duntaxat in ea re, non etiam culpam maritus praestare debet: ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur: fructus tamen, qui pervenissent ad virum, redduntur. Aus diesen Stellen geht hervor, daß die Mora des Gläubigers allein keine vollständige Befreiung des Gläubigers bewirkt[412]). Wenn dennoch einige Stellen etwas Anderes auszusprechen scheinen, so sind dieselben auf Fälle zu beziehen, wo zu der Mora noch ein anderes Mo-

---

412) Anders, wenn die Nichtannahme eine völlige Unmöglichkeit der Leistung bewirkt, wie in den Fällen, wo die Leistung an eine bestimmte Zeit gebunden ist. Hier aber kann nach dem früher Bemerkten (s. unter I. A. 3.) von einer bloßen Mora keine Rede sein.

ment hinzugetreten ist[413]). Obgleich nun die Mora des Gläubigers keine völlige Befreiung des Schuldners zur Folge hat, so ist doch ihr Einfluß auf die Verbindlichkeit sehr bedeutend. Durch die Mora wird nämlich das vollkommene obligatorische Band, welches bis dahin zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger bestand, aufgehoben. So erklärt sich, daß der Schuldner von dem Anfange der Mora des Gläubigers an, nur für diejenige Verschuldung verantwortlich ist, für welche, auch abgesehen von einem eigentlichen obligatorischen Verhältnisse, jeder haften muß, nämlich für dolus und culpa lata, ja daß selbst diese Haftung einen anderen Charakter hat, als die Haftung für dolus und culpa lata in eigentlichen obligatorischen Verhältnissen. In den eigentlichen obligatorischen Verhältnissen, wie z. B. bei dem Depositum, kommt nichts darauf an, ob der dolus und die culpa lata sich in einer der Obligation widerstreitenden Thätigkeit oder in einer derselben widerstreitenden Unthätigkeit zeigen. In unserem Falle wird dagegen angenommen, daß mit dem Wegfalle des obligatorischen Bandes auch die Verpflichtung zu einem positiven Thun zum Vortheile des Gläubigers wegfällt. Deshalb wird dann auch nach der L. 9. D. 24. 3. keine Verpflichtung zur Entschädigung angenommen, wenn der Schuldner nach dem Beginne der Mora des Gläubigers das geschuldete Grundstück unbebaut liegen läßt, obgleich darin offenbar, wenn ein eigentliches obligatorisches Verhältniß besteht, welches auch auf die Herausgabe der Früchte sich bezieht, ein dolus oder wenigstens eine culpa lata gefunden werden muß[414]). Diese Folge der Mora des Gläubigers erscheint als völlig consequent, wenn man annimmt, daß die Mora desselben eine willkürliche Verwei-

---

413) Die möglicherweise hier in Betracht kommenden Stellen sind: L. 73. §. 2. D. 45. 1. L. 9. §. 1. L. 30. D. 46. 3. L. 39. D. 50. 17. und Nov. 91. cap. 2. Die drei ersten Stellen sind auf Fälle zu beziehen, in welchen der offerirte Gegenstand später untergegangen ist. Die vierte Stelle handelt vielleicht von demselben Falle, wenn sie nicht etwa auf Bedingungen zu beziehen ist. Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte Abth. 1, S. 329. Die Nov. 91. cap. 2. endlich bezieht sich durchaus nicht auf die Befreiung des Schuldners; wenn dort gesagt wird, daß derjenige, welcher erfüllen wolle, aber durch die Verweigerung der Annahme von Seiten des Gläubigers an der Erfüllung gehindert werde, dem Erfüllenden nahe stehe („παραπλήσιός ἐστι τῷ δεδωκότι"), so bezieht sich dies allein darauf, daß die Frau im Falle der Verweigerung der Annahme der dos von Seiten des Ehemannes die donatio propter nuptias ebenso verlangen könne, wie wenn die dos wirklich dem Ehemanne gegeben wäre. — Jetzt nimmt man allgemein an, daß die Mora des Gläubigers allein den Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht befreit.

414) Schon aus dem oben angegebenen Grunde ist es unrichtig, wenn Madai, Mora S. 459 sagt, der Schuldner werde durch die Mora des Gläubigers da, wo er infolge des Vertrages Sachen zu restituiren habe, gleichsam zum Depositar. Aber auch abgesehen davon, müssen die Fälle, wo wegen eines Mangels des vollkommenen obligatorischen Bandes nur dolus und culpa lata zu prästiren sind, von den Fällen unterschieden werden, in welchen das Obligationsverhältniß selbst nur zur Haftung für dolus und culpa lata verpflichtet. Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte Abth. 3, Nr. IV, S. 391 flg.

gerung der Annahme voraussetzt; sie ist aber ganz unerklärlich, wenn man eine Mora des Gläubigers auch dann annimmt, wenn der Gläubiger die Leistung nicht hat annehmen können. Im letzteren Falle kann von einer Verpflichtung des Schuldners zur Entschädigung freilich nicht die Rede sein; es ist aber nicht abzusehen, weshalb hier eine Lösung des eigentlichen obligatorischen Bandes hätte angenommen werden sollen. — Durch die aufgestellte Regel ist nur im allgemeinen angegeben, wie sich das obligatorische Verhältniß infolge der Mora des Gläubigers im einzelnen gestaltet. Dies ist jetzt noch näher in einzelnen Beziehungen festzustellen. Die Verpflichtung kann sich auf einen bestimmten Gegenstand beschränken; sie kann aber auch zugleich auf Herausgabe des durch die Sache gezogenen Gewinnes, namentlich auf Herausgabe der Früchte, bei Geldschulden auf Zahlung von Zinsen gerichtet sein. Ferner kann zur Verstärkung der Wirkung der Obligation für den Fall der Nichterfüllung das Eintreten besonderer Nachtheile für den Schuldner bedungen oder es können zur Sicherung der Erfüllung Pfänder und Bürgen bestellt sein. Es ist die Frage zu beantworten, von welchem Einflusse die Mora des Gläubigers auf diese Nebenverpflichtungen ist. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Herausgabe der Früchte enthalten die Quellen eine ganz bestimmte Entscheidung. Nach der oben abgedruckten L. 9. D. 24. 3. ist der Schuldner im Falle der Mora des Gläubigers nicht verpflichtet, die Arbeit und die Auslagen, welche die Gewinnung der Früchte erfordert, zu übernehmen. Mit der Aufhebung des vollkommenen obligatorischen Bandes fällt für den Schuldner zugleich die Verpflichtung zur positiven Thätigkeit zum Vortheile des Gläubigers weg. Der Schuldner hat daher nur die wirklich gezogenen Früchte herauszugeben, haftet aber nicht für die versäumten Früchte [415]). Bei den Zinsen sind die gesetzlichen Zinsen und die Conventionalzinsen zu unterscheiden. Die Verpflichtung zur Zahlung der gesetzlichen Zinsen fällt in der Regel infolge der Mora des Gläubigers weg; ja es dürfte in dieser Beziehung schon die Oblation der geschuldeten Geldsumme für genügend erachtet werden, sofern es nicht an den früher angeführten Erfordernissen der Oblation fehlt, ohne daß es darauf ankommt, ob durch die Oblation eine Mora des Gläubigers begründet wird [416]).

415) Siehe auch L. 18. §. 1. D. 23. 5., wo nur von Herausgabe der percipirten Früchte gesprochen wird. Dasselbe ist nicht anzunehmen, wenn der Gläubiger die ihm offerirte Leistung nicht annehmen konnte. In diesem Falle fällt die Verpflichtung hinsichtlich der Früchte nur insoweit weg, als sie lediglich die Folge einer früher vorhandenen Mora des Schuldners war, wie später noch gezeigt werden wird. Freilich hat aber auch der Schuldner in diesem Falle die actio negotiorum gestorum contraria auf Ersatz seiner Auslagen sowie auf eine Vergütung für Arbeit, Zeitverlust u. s. w. Auch davon wird bald nachher die Rede sein.

416) Vgl. L. 2. C. IV. 32., wo von den Zinsen des Kaufgeldes die Rede ist, welche der Käufer nach Uebergabe der gekauften Sache zu zahlen hat. — Ist eine Oblation nicht möglich, weil z. B. die Erbschaft des Gläubigers noch nicht

Eine Ausnahme findet nur statt bei der Verpflichtung des Vormundes zur Zurückgabe des unter seiner Verwaltung stehenden Vermögens. Auch hier hielt man nach dem früheren Rechte die Oblation zur Unterbrechung des Zinsenlaufes für genügend; von den späteren Juristen wird jedoch angenommen, daß die Verpflichtung zur Zahlung der Zinsen in diesem Falle nur durch Aufhebung der Obligation selbst aufgehoben werde. Es wird deshalb für diesen Fall ausnahmsweise die Deposition verlangt, durch welche, wie später zu zeigen ist, die Obligation selbst aufgehoben wird 417). Anders als mit den gesetzlichen Zinsen verhält es sich mit den Conventionalzinsen. Die letzteren beruhen auf einer besonderen Obligation, deren Wirksamkeit durch die Mora des Gläubigers keine Störung erleidet, da die Mora keine völlige Befreiung des Schuldners von der Hauptobligation bewirkt. Der Lauf der Conventionalzinsen wird daher durch den Eintritt einer Mora des Gläubigers nicht unterbrochen; vielmehr ist dazu die Deposition der geschuldeten Geldsumme erforderlich 418). Dies gilt jedoch nur hinsichtlich der auf einer ausdrücklichen Uebereinkunft beruhenden Zinsen. Wenn z. B. ohne ausdrückliche Zinsberedung bedungen ist, daß der Gläubiger für die entbehrte Benutzung einer ihm geschuldeten Geldsumme den Fruchtgenuß aus den ihm verpfändeten Sachen haben soll, so hat die Mora des Gläubigers die Folge, daß der Letztere sich für die entbehrte Benutzung des Geldes nichts mehr anrechnen darf, vielmehr die später gezogenen Früchte auf das Kapital sich abrechnen lassen muß 419). Bisher ist von

angetreten ist, so ist Deposition nothwendig. S. L. 18. §. 1. D. 22. 1. Nur die infolge eines persönlichen Privilegiums des Gläubigers zu zahlenden Zinsen scheinen immer weggefallen zu sein, wenn der Gläubiger sich in einer Lage befindet, daß der Schuldner ihm nicht zahlen kann; sei es auch, daß eine Deposition nicht erfolgt. L. 17. §. 3. D. 22. 1.

417) L. 28. §. 1. D. 26. 7. L. 1. §. 3. D. 22. 1. Nur in dem Falle der L. 4. C. V. 56. ist selbstverständlich keine Deposition nothwendig. Schon der Inhalt der angeführten Stellen ergiebt, daß sie nur eine Ausnahme enthalten. Dafür spricht außer der L. 2. C. IV. 32. namentlich auch die L. 17. §. 3. D. 22. 1.

418) L. 7. D. 22. 1. L. 6. 19. C. IV. 32. Daß namentlich auch in der L. 19. C. cit. von Conventionalzinsen die Rede ist, ergiebt sich daraus, daß bei dem Darlehn nur Conventionalzinsen gefordert werden konnten. Die in der gedachten Stelle erwähnten legitimae usurae sind nichts anderes als Zinsen, welche den gesetzlichen Zinsfuß nicht überschreiten. Zweifelhaft kann sein, ob die im Texte aufgestellten Grundsätze auch dann anwendbar sind, wenn die Verpflichtung zur Zinsenzahlung auf einem pactum adiectum beruhte; nach heutigem Rechte müssen sie für alle Conventionalzinsen gelten.

419) L. 11. C. IV. 32.: Ex praedio pignori obligato creditor post oblatam sibi iure pecuniam, quam non suscepit, si fructus accepit, exonerari sortis debitum, certum est. Mit Schilling, in den krit. Jahrb. f. teutsche RW. Bd. III, S. 278 flg. und Mommsen, Mora §. 30, N. 8 ist es das Einfachste, diese Stelle auf den Fall einer Antichresis ohne ausdrückliche Zinsberedung zu beziehen. A. M. ist Madai, Mora S. 471 flg., welcher ohne genügenden Grund voraussetzt, daß in dem Falle der L. 11. C. cit. eine Deposition stattgefunden habe. Allerdings versteht Thaleläus in der adnotatio zu dem Worte iure (Sch.

den Erweiterungen des Gegenstandes der Obligation die Rede gewesen. Jetzt sind noch diejenigen accessorischen Verpflichtungen zu betrachten, bei denen es nicht so sehr auf eine Erweiterung des Gegenstandes der Obligation, als vielmehr auf eine Sicherung der Wirkungen der Obligation abgesehen ist, nämlich Conventionalstrafe, Pfandvertrag, Bürgschaft. Die Verwirkung der Conventionalstrafe sowie der sonstigen Nachtheile, welche für den Fall bedungen sind, daß die Bedingung nicht rechtzeitig erfolgen würde, wird durch die Mora des Gläubigers immer gehindert[420]); ja es bedarf, um diese Verwirkung zu hindern, nicht der Begründung einer Mora des Gläubigers; vielmehr ist sie auch dann ausgeschlossen, wenn der Grund der nicht rechtzeitig erfolgten Erfüllung darin liegt, daß der Gläubiger nicht annehmen konnte[421]). Dasselbe gilt in Ansehung des Verkaufes bestellter Pfänder. Der Gläubiger ist nicht befugt, die Pfandgegenstände zu verkaufen, wenn der Grund der bisher noch nicht erfolgten Erfüllung der Obligation in seinem Willen oder in seinen Verhältnissen liegt. Es genügt also, um dem Gläubiger das Recht des Verkaufes zu nehmen, immer die Oblation, selbst wenn durch solche keine Mora begründet wird, natürlich unter der Voraussetzung, daß der Grund, weshalb die Oblation keine Mora bewirkt, nicht in der Mangelhaftigkeit derselben zu suchen ist[422]). Der willkürlichen Verweigerung der Annahme ist aber im allgemeinen eine noch weiter gehende Wirkung zuzuschreiben. Zwar kann man, da die Mora des Gläubigers keine völlige Befreiung des Schuldners zur Folge hat, nicht ohne weiteres eine Aufhebung des Pfandrechtes annehmen[423]). Der

---

Τὸ κατὰ πόδας Basil. T. II. p. 724. ed. Heimb.) die Stelle auch von erfolgter Deposition, indem er sagt: τὸ νομίμως, τουτέστι προσενεχθέντων τῶν χρημάτων καὶ σφραγισθέντων καὶ ἀποτεθέντων.

420) L. 23. §. 3. D. 4. 8. L. 9. C. IV. 32.

421) L. 23. §. 1. D. 4. 8. L. 4. §. 4. D. 18. 3. L. 9. §. 1. D. 22. 1. — Bei dem gesetzlichen Nachtheile der Verwirkung der Emphyteuse scheint es sich anders verhalten zu haben, indem in L. 2. fin. C. IV. 66. hier eine Deposition verlangt wird.

422) Vgl. namentlich L. 5. C. de distract. pign. (VIII. 27. (28.)). Siehe auch L. 11. §. 4. L. 12. §. 5. L. 20. D. 20. 4. L. 3. C. si antiquior creditor (VIII. 19. (20.)). Für die oben aufgestellte Ansicht macht Mommsen überdies die nahe Analogie zwischen dem Verfallen des Pfandes und der Verwirkung der Conventionalstrafe mit Recht geltend. Dennoch scheinen die L. 8. C. de distract. pign. (VIII. 27. (28.)) und L. 2. C. debit. vendit. (VIII. 28. (29.)), womit L. 1. C. qui potiores (VIII. 17. (18.)) zu vergleichen ist, bei Geldschulden eine Deposition zu verlangen, was auch Madai, Mora S. 472 annimmt. Es ist aber ganz undenkbar, wie auch Mommsen bemerkt, daß der Gläubiger ungeachtet seiner Mora das Recht des Verkaufes des Pfandes haben sollte. Auch handelt die L. 2. C. cit. vorzugsweise davon, daß die Oblation blos eines Theiles der Schuld den Verkauf nicht hindert, was auch L. 19. D. 20. 1. und L. 6. C. de distract. pign. bestätigen. Ueberdies ist bei allen diesen Codexstellen in Betracht zu ziehen, daß sie Rescripte sind.

423) Dagegen spricht auch L. 8. C. de distract. pign. (VIII. 27. (28.)), indem die Worte: et hodie in eodem causa permanet, wohl darauf bezogen werden müssen, daß der Verkauf des Pfandgegenstandes nicht für ungiltig zu achten

Schuldner wird aber, wenn er das Pfand in Händen hat, im allgemeinen befugt sein, über dasselbe zu seinem eigenen Vortheil zu verfügen, und auf diese Weise, z. B. durch einen Verkauf desselben, indirect eine Beendigung des Pfandverhältnisses herbeizuführen. Dem Gläubiger würde, wenn er demnächst die hypothekarische Klage anstellen wollte, die exceptio doli entgegengesetzt werden können, da der Schuldner in der willkürlichen Zurückweisung der angebotenen Leistung eine stillschweigende Erklärung des Gläubigers, daß es einer Sicherung der Erfüllung nicht bedürfe, finden konnte. Nur dann, wenn die Schuld, für welche das Pfandrecht bestellt war, eine Geldschuld war, scheint in späterer Zeit das Recht des Verpfänders, über den Pfandgegenstand frei zu verfügen, von einer Deposition der geschuldeten Geldsumme abhängig gemacht worden zu sein[424]). Hat der Gläubiger den Pfandgegenstand in Händen, so kann der Schuldner im Falle einer Mora des Gläubigers die actio pigneratitia auf Zurückgabe des Pfandgegenstandes anstellen[425]); er wird aber, insofern die Schuld, für welche die Sache verpfändet ist, nicht immittelst durch Deposition oder auf andere Weise aufgehoben ist, sich bei Anstellung der actio pigneratitia von neuem zur Erfüllung seiner Schuld erbieten müssen[426]). Nach dem späteren Rechte scheint bei Geldschulden eine Deposition des geschuldeten Geldes, welcher jedoch die mit der Erhebung der Klage verbundene Oblation gleichzustellen ist, gefordert worden zu sein[427]). Ueber den Einfluß, welchen die Mora des Gläubigers auf die Bürgschaft hat, enthalten die Quellen keine ausdrücklichen Zeugnisse. Mit Mommsen wird anzunehmen sein, daß der Bürge, wenn der Gläubiger später gegen ihn klagt, eine exceptio doli gegen diese Klage habe. Dies dürfte schon aus der Verpflichtung des Gläubigers zum Schadenersatze, wovon gleich nachher die Rede sein wird, hervorgehen, indem der Bürge, wenn der Gläubiger die ihm angebotene Leistung angenommen hätte, nicht mehr hätte in Anspruch genommen werden können[428]). Nach dem oben Bemerkten bewirkt die

---

sei, wenn die Mora des Gläubigers inzwischen aufgehoben war. Demzufolge ist anzunehmen, daß, wenn der Gläubiger später seine Mora purgirt, das Pfandrecht ungeschmälert fortbesteht, insofern in dieser Beziehung noch res integra ist.

424) Vgl. L. 10. 12. C. IV. 24. L. 12. C. IV. 31. L. 20. C. de pign. (VIII. 13. (14.)) L. 3. C. de luit. pign. (VIII. 30. (31.)). Wenngleich freilich sich diese Stellen nicht auf den hier in Frage stehenden Fall, sondern vielmehr auf Fälle beziehen, wo der Gläubiger den Pfandgegenstand in Händen hat und es sich um Anstellung der actio pigneratitia von Seiten des Schuldners handelt, so wird man doch die Entscheidung wohl analog für den oben erwähnten Fall benutzen müssen.

425) L. 9. §. 5. L. 20. §. 2. D. 13. 7. L. 6. §. 1. D. 20. 6. Siehe auch L. 5. §. 12. D. 13. 6.

426) Uebrigens ist nicht gerade eine vorherige Oblation nothwendig, um die actio pigneratitia anstellen zu können; es genügt vielmehr die Oblation zugleich mit Anstellung der Klage. S. L. 9. §. 5. D. 13. 7.

427) Vgl. die in Note 424 angeführten Stellen.

428) In Obigem ist vorausgesetzt, daß die Mora des Gläubigers nicht durch

Mora des Gläubigers zwar eine Aufhebung des strengen obligatorischen Bandes, sie enthält aber keinen schenkungsweise erfolgten Verzicht auf die Forderung. Daraus folgt zunächst, daß der Schuldner, sofern er fortwährend noch erfüllen kann, zur Erfüllung verpflichtet ist, sowie daß er für die durch dolus und culpa lata herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung haftet. Der Gläubiger ist in diesen Fällen zur Geltendmachung seiner Forderung befugt; er muß aber freilich durch Beseitigung aller, von seiner Seite der Erfüllung der Obligation entgegenstehenden Hindernisse sowie durch Anbieten dessen, was er nach dem unter 2. Folgenden zu leisten hat, seine Mora purgiren. Es entsteht aber die Frage, was der Gläubiger unter diesen Voraussetzungen fordern kann. Betrachtet man zunächst den Fall, wo der Schuldner fortwährend noch zu erfüllen im Stande ist, so kann ohne Zweifel, wenn der Gläubiger die Leistung später verlangt, der Schuldner sich durch Leistung des Gegenstandes der Obligation in dem Zustande, in welchem sich derselbe ohne seinen Dolus zu dieser Zeit befindet, befreien. Der Gläubiger kann namentlich auch dann, wenn unterdessen eine Preisverringerung eingetreten ist, keinen Ersatz fordern. Ebenso hat der Gläubiger den Schaden zu tragen, wenn der Gegenstand der Obligation später ohne Dolus des Schuldners nach einem anderen Orte gebracht ist. Dies versteht sich von selbst in den Fällen, wo der Schuldner berechtigt ist, da die Sache zu leisten, wo sie sich ohne seinen Dolus befindet. Aber auch in den Fällen, wo nach den Bestimmungen der Obligation eine Realoblation nothwendig war, kann der Gläubiger schwerlich die Wiederholung der Realoblation verlangen, sondern er wird die Sache da annehmen müssen, wo sie sich ohne Dolus des Schuldners befindet[429]). Der Gläubiger wird es dem Schuldner gestatten müssen, an diesem Orte die Obligation zu erfüllen oder er wird wenigstens die Transportkosten dem Schuldner anbieten müssen; dies muß auch dann gelten, wenn ein bestimmter Erfüllungsort verabredet war. Weigert der Schuldner sich jetzt ohne Grund zu er-

---

eine Oblation von Seiten des Bürgen begründet ist. S. L. 88. D. 45. 1. In diesem Falle hätte der Bürge zwar auch, wenn das Offerirte angenommen worden wäre, nicht mehr in Anspruch genommen werden können; er wäre aber dann um den Betrag der Schuld ärmer geworden, insofern ihm der Regreß gegen den Schuldner nicht hilft. Der Bürge wird jedoch auch hier geschützt, wenn das Recht des Regresses, welches ihn zur Zeit der geschehenen Oblation noch vor Verlust gesichert hätte, infolge späterer Veränderungen in den Vermögensverhältnissen des Schuldners werthlos geworden ist, sowie dann, wenn der offerirte Gegenstand später untergegangen ist, wovon später die Rede sein wird.

429) Dies wird auch gelten müssen, wenn sich die Obligation auf fungible Sachen bezieht, sofern der Schuldner nicht etwa durch andere Verfügungen, welche er später in Ansehung der offerirten fungiblen Sachen getroffen hat, davon abgestanden ist, diese noch zur Befriedigung des Gläubigers zu benutzen. So wird z. B. der vereinbarte Erfüllungsort nicht in Betracht kommen können, wenn der Schuldner den offerirten Wein, vielleicht wegen der zu großen Kosten, welche die Auflagerung am Erfüllungsorte verursacht hätte, von dem vereinbarten Erfüllungsorte nach seinem Wohnorte transportirt hat.

füllen, so müssen von diesem Zeitpunkte die Folgen der Mora, wie sie oben rücksichtlich des Schuldners beschrieben sind, gegen ihn eintreten. Selbstverständlich kann aber als Grundlage für die Bestimmung dieser Folgen nicht der ursprüngliche Werth der Forderung gelten, sondern nur derjenige Werth, welchen sie zu der Zeit hatte, wo der Schuldner in Verzug versetzt wurde. Anlangend also insbesondre den Ort, nach welchem die Schätzung vorzunehmen ist, so kann der Schuldner fordern, daß statt des eigentlichen Erfüllungsortes derjenige Ort zu Grunde gelegt werde, an welchem die Sache ohne seinen Dolus zur Zeit des Beginns seiner Mora sich befand. Ferner kann bei der Schätzung der höhere Werth, welchen die Sache zu einer früheren Zeit hatte, keine Berücksichtigung finden, wogegen dem Kläger nach den allgemeinen Regeln über die Mora des Schuldners die Wahl zwischen dem Zeitpunkte des Beginns dieser Mora und dem Zeitpunkte des Urtheils freistehen muß [430]). Ist nach dem Beginn der Mora des Gläubigers durch einen von dem Schuldner zu vertretenden Dolus die Leistung unmöglich geworden, so kann man es nicht so ansehen, als ob der Schuldner noch fortwährend auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation verpflichtet sei. Daraus, daß es an einem eigentlichen obligatorischen

430) Wahrscheinlich bezieht sich L. 3. §. 4. D. 19. 1. auf einen Fall der oben bezeichneten Art. Dafür läßt sich anführen, daß sie von einem Verkaufe fungibler Sachen handelt, bei welchen eine wahre Unmöglichkeit der Leistung nicht eintreten kann, sondern nur eine Unmöglichkeit, die bestimmte offerirte Quantität zu leisten, welche letztere freilich, wenn sie ohne Dolus des Schuldners eintritt, demselben eine Einrede gegen die Klage gewährt. Wenn nun dessenungeachtet in der angeführten Stelle nur die Zeit der Klagerhebung als Grundlage für die Schätzung angegeben wird, so soll dies wohl weiter nichts ausdrücken, als daß dem Gläubiger das Recht, einen früheren Zeitpunkt (vor Purgation seiner Mora und Beginn der Mora des Schuldners) zu wählen, entzogen sei. — Die Ausführungen der angeführten Stelle über den Ort der Schätzung findet Mommsen mit Recht etwas verworren. Nach dem Eingange der Stelle soll bei der Schätzung der Ort der Abschließung des Contractes oder der Ort der Klage zu Grunde gelegt werden, und zwar derjenige Ort, welcher für den Gläubiger am ungünstigsten ist. Nach der am Schlusse der Stelle beigefügten Berichtigung ist jedoch eine Wahl zwischen dem Orte der Klage und dem eigentlichen Erfüllungsorte anzunehmen, indem die Berichtigung, wenn sie auch nach den Anfangsworten auf den Ort der Klage zu gehen scheint („Item non oportet eius loci pretia spectari, in quo agatur"), doch nach den späteren Worten („etsi venditio alibi facta sit") auf den Ort des Abschlusses des Contractes zu beziehen ist. Auch die inneren Gründe sprechen dafür; nur ist vorauszusetzen, daß die offerirten Waaren nicht etwa nach dem Eintritte der Mora des Gläubigers ohne dolus des Schuldners an einen anderen Ort gelangt sind. Siehe die vorige Note. — Nimmt man, wie oben unter II. A. 1. lit. c. geschehen ist, an, daß die Bestimmung des römischen Rechtes, nach welcher der Ort der Klage als der regelmäßige Erfüllungsort zu betrachten ist, nicht mehr gilt, so kann auch die oben erwähnte Bestimmung, soweit sie sich auf den Ort der Klage bezieht, nicht mehr als giltig angesehen werden. Selbstverständlich muß jedoch die Schätzung dann nach dem Orte der Klage geschehen, wenn der Kläger in seiner Klage nichts über den Erfüllungsort bemerkt und auch der Beklagte in dieser Beziehung keinen Antrag gestellt hat.

Bande fehlt, folgt einestheils, daß der Gläubiger den Dolus des Schuldners zu beweisen hat, anderntheils, daß der Schadenersatz als der directe Gegenstand der Obligation anzusehen ist[431]). In diesem Falle kann also eine Mora des Schuldners nicht mehr eintreten. Hinsichtlich der Zeit der Schätzung wird hier nur die Zeit des Anfanges der Mora des Gläubigers oder die Zeit der Klage zu Grunde gelegt, und zwar derjenige von beiden Zeitpunkten, welcher dem Schuldner am ungünstigsten ist. Ist der Werth des Gegenstandes der Obligation später gestiegen, so kann nur der Preis, welchen derselbe zur Zeit des Beginns der Mora hatte, von dem Gläubiger beansprucht werden[432]). Hat der Gegenstand der Obligation später an Werth verloren, so kann der Gläubiger nur den Werth zur Zeit der Klage verlangen[433]). Anlangend den Ort, so kann der Gläubiger nie mehr verlangen, als der Werth an dem Orte beträgt, wo er die Leistung zur Zeit der Oblation hätte in Empfang nehmen sollen. Ist der geschuldete Gegenstand ohne Dolus des Schuldners vor Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung an einen anderen Ort gekommen, wo derselbe einen geringeren Werth hatte, so ist nach Maßgabe dieses Ortes die Schätzung vorzunehmen. Der Ort der Erhebung der Klage kann als solcher nach heutigem Rechte nicht in Betracht kommen.

2) Verpflichtung des Gläubigers zum Schadenersatze. Die Mora des Gläubigers hat nicht blos Einfluß auf die Verpflichtung des Schuldners, sondern sie hat auch eine Verpflichtung des Gläubigers, dem Schuldner das Interesse zu erstatten, welches derselbe daran hatte, daß der Gläubiger die angebotene Leistung angenommen hätte, zur Folge. Dieses Interesse kann in den einzelnen Fällen sehr verschieden sein. Hier sind nur diejenigen Richtungen hervorzuheben, in welchen es sich am häufigsten zeigen wird. Besonders wichtig ist zunächst die Erstattung der Verwendungen und Kosten, welche die Erhaltung, Aufbewahrung u. s. w. des geschuldeten Gegenstandes dem Schuldner verursacht hat. Der Schuldner ist nach dem früher Bemerkten zur Vornahme positiver Handlungen zum Vortheile des Gläubigers

---

431) Siehe Mommsen, Beitr. zum Obligationenrechte Abth. III, Nr. IV, S. 391 flg.

432) Darauf beziehen sich wohl die Worte der L. 37. D. 17. 1.: neutri eorum frustratio sua prodesse debet. Die Beziehung der Stelle auf einen Fall, wo später eine den Schuldner nicht befreiende Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, rechtfertigt sich durch den ersten Theil der Stelle.

433) A. M. sind Madai, Mora S. 460 flg. und Wolff, Mora S. 495. Ersterer nimmt nach Maßgabe der L. 3. §. 4. D. 19. 1. an, daß immer die Zeit der Klagerhebung entscheide, weil durch die Anstellung der Klage eine Mora des Schuldners begründet werde. Diese Ansicht ist nicht zu rechtfertigen. Nach der Ansicht des Letzteren soll der geringste Werth der Zwischenzeit vom Beginn der Mora bis zur Zeit der Klagerhebung zu berücksichtigen sein. Diese Ansicht beruht allein darauf, daß Wolff bei der Mora des Schuldners den höchsten Werth der Zwischenzeit berücksichtigt wissen will und dieses für die Mora des Gläubigers umkehrt.

nicht verpflichtet; thut er es dennoch, so entspricht es nur der Billigkeit, daß ihm die aufgewendeten Kosten vom Gläubiger ersetzt werden. Auch wird eine solche Verpflichtung des Gläubigers in den Quellen anerkannt[434]). Zur Geltendmachung der Forderung auf Ersatz der Auslagen hat der Schuldner immer eine exceptio doli. Der Gläubiger kann nicht anders einen Anspruch auf Erfüllung der Obligation erheben, als wenn er zugleich den Ersatz der Auslagen u. s. w. dem Schuldner anbietet. Dagegen ist es eine andere Frage, ob der Schuldner den gedachten Anspruch auch durch eine Klage verfolgen kann. Da die Verweigerung der Annahme von Seiten des Gläubigers im allgemeinen keine Rechtsverletzung enthält, so kann von einer durch die Mora des Gläubigers begründeten Klage auf das Interesse nicht die Rede sein. Die einzige Klage, welche etwa dem Schuldner auf Erstattung der Auslagen einzuräumen wäre, ist die actio negotiorum gestorum contraria[435]). Der Grund, aus welchem dem bonae fidei possessor einer fremden Sache diese Klage versagt wird, ist hier nicht zutreffend, weil der Schuldner den Aufwand nicht in seinem eigenen Interesse, sondern für den Gläubiger gemacht hat. Dennoch kann der Schuldner auch auf die zuletzt gedachte Klage nicht sicher rechnen. Beabsichtigt der Gläubiger, die Leistung gar nicht anzunehmen, den Gegenstand der Obligation zu dereliquiren (eine Absicht, welche wenigstens häufig durch die Art und Weise, wie die Annahme abgelehnt ist, nicht ausgeschlossen sein wird), so lassen sich die von dem Schuldner zur Erhaltung und Aufbewahrung des geschuldeten Gegenstandes vorgenommenen Handlungen nicht als eine negotiorum gestio für den Gläubiger ansehen. Der Gläubiger wird also in vielen Fällen der actio negotiorum gestorum contraria durch die ihr entgegengestellte Erklärung, daß er den Gegenstand der Obligation überhaupt nicht wolle, entgehen können[436]). So hat der Schuldner wegen der nach der Mora des Gläubigers gemachten Verwendungen keine vollständige Sicherheit, da das Retentionsrecht infolge eines späteren Unterganges des geschuldeten Gegenstandes oder durch andere Um-

---

434) L. 38. §. 1. D. 19. 1. L. 1. §. 3. D. 18. 6. L. 8. D. 33. 6.

435) Beruht die Obligation auf einem Contracte, aus welchem eine actio contraria entspringt, so steht die actio contraria dem Schuldner auf Ersatz des Interesse zu; bei gegenseitigen Obligationen steht die Contractsklage zu, z. B. bei dem Kaufe die actio venditi u. s. w.; diese Klagen haben in diesem Falle aber ganz die Natur der actio negotiorum gestorum contraria, so daß alles von der letzteren Geltende auch auf die ersteren Anwendung leidet.

436) Damit steht es nicht in Widerspruch, daß nach L. 38. §. 1. D. 19. 1. L. 1. §. 3. D. 18. 6. eine Klage zur Geltendmachung der Impensenforderung zulässig scheint, da eben die Klage nur durch völliges Aufgeben des Rechtes aus der Obligation abgewendet werden kann. — Selbstverständlich gilt das oben Bemerkte nur für die nach Beginn der Mora des Gläubigers gemachten Verwendungen. Die wegen früherer Verwendungen begründete Klage kann dem Schuldner durch die Mora des Gläubigers nicht entzogen werden. L. 12. § 9. D. 17. 1.

stände nutzlos werden kann[436a]). — Der Schuldner hat nicht blos ein Recht auf Erstattung der infolge der Mora des Gläubigers von ihm gemachten Verwendungen. Vielmehr gilt der Grundsatz, daß die Mora des Gläubigers ihm nach keiner Seite hin zum Nachtheil gereichen soll. Eine in den Quellen mehrfach hervorgehobene Anwendung dieses Grundsatzes besteht in demjenigen, was gewöhnlich als der Uebergang der Gefahr auf den Gläubiger bezeichnet wird. Es ist dies nämlich nicht, wie man gewöhnlich annimmt, eine besondere Wirkung der Mora des Gläubigers, sondern blos eine Folge des Grundsatzes, daß die Mora des Gläubigers dem Schuldner nicht zum Schaden gereichen soll[437]). In dieser Beziehung sind zunächst die einseitigen Obligationen zu betrachten. Diejenigen Fälle, in welchen nach dem Anfange der Mora des Gläubigers eine wahre Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, kommen hier überhaupt nicht in Betracht. In diesen Fällen bewirkt die casuelle Unmöglichkeit, auch wenn dem Gläubiger keine Mora zur Last fällt, die Befreiung des Schuldners; die Mora hat hier nur die Bedeutung, daß nach deren Eintritt jede Unmöglichkeit der Leistung, welche nicht in einem dolus oder in einer culpa lata des Schuldners ihren Grund hat, als eine casuelle zu betrachten ist. Es kommen also nur die Fälle in Betracht, in welchen durch das schädliche Ereigniß keine wahre Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt ist, der durch dasselbe eingetretene Nachtheil aber den Schuldner nicht betroffen haben würde, wenn der Gläubiger die angebotene Leistung angenommen hätte. Solche Fälle liegen vor, wenn bei Geldschulden oder generischen Obligationen die offerirte Geldsumme oder das offerirte einzelne Stück der Gattung nach Verweigerung der Annahme von Seiten des Gläubigers untergegangen oder durch Raub, Diebstahl u. s. w. dem Schuldner entzogen ist; ebenso bei alternativen Obligationen, wenn das offerirte Object nachher von einem casuellen Ereignisse betroffen wird, während das andere Object noch geleistet werden kann. Da in diesen Fällen eine wahre Unmöglichkeit der Leistung nicht vorhanden ist, so kann auch von einer Befreiung des Schuldners durch casuelle Unmöglichkeit nicht die Rede sein. Der Schuldner erhält aber dennoch Schutz, weil die Mora des Gläubigers ihm nicht zum Nachtheile gereichen soll, und dieser Schutz wird durch Verstattung einer exceptio doli gegen die Klage des Gläubigers gewährt. Diese Einrede stützt sich darauf, daß der Schuldner, wenn der Gläubiger die Annahme der offerirten Leistung nicht verweigert hätte, der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit wäre oder, wie es sich auch ausdrücken läßt, daß der Schuldner in dem gedachten Falle den offerirten Gegenstand nicht verloren hätte, ohne zugleich von seiner Verbindlichkeit

436a) In dieser Beziehung ist die Lage des Schuldners günstiger in den Fällen, wo der Gläubiger die Leistung nicht hat annehmen können, indem hier der Annahme einer negotiorum gestio für den Gläubiger nichts entgegensteht.

437) Vgl. Mommsen, Beitr. zum Obligationenrechte Abth. I, S. 306 flg., wo das hier Angenommene näher begründet wird.

befreit zu sein[438]). Dabei ist jedoch vorausgesetzt, daß der Schade ohne dolus oder culpa lata des Schuldners sich ereignet hat; dagegen ist, da

438) Siehe L. 84. §. 3. D. 30. L. 6. D. 44. 4. und besonders L. 72. pr. D. 46. 3., wo als Grund der Verstattung der exceptio doli angeführt wird: et enim non est aequum, teneri pecunia amissa: quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. Auf Fälle der erwähnten Art sind wohl auch L. 73. §. 2. D. 45. 1. L. 9. §. 1. L. 30. D. 46. 3. zu beziehen. Ueber die Schlußworte der L. 72. pr. D. 46. 3. und über L. 105. D. 45. 1. vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte Abth. I, §. 25, N. 37, S. 307 flg. — Wenn in Fällen, wie der hier fragliche, hinsichtlich des offerirten Gegenstandes eine dem Gläubiger ungünstige Ortsveränderung sich ereignet hat oder wenn der Gegenstand zwar nicht untergegangen, aber verschlechtert ist, so trifft der Nachtheil ebenfalls den Gläubiger, so daß er sich die Leistung an dem ungünstigeren Orte gefallen lassen oder sich mit dem verschlechterten Gegenstande begnügen muß. Es ergiebt sich dies nothwendig aus den in den angeführten Stellen, namentlich in der L. 72. pr. D. 46. 3. anerkannten Grundsätzen. Zweifelhaft ist nur, wie damit L. 102. D. 46. 3. zu vereinigen sei. Nach der Ansicht von Madai, Mora S. 458 soll der Schuldner in dem in der angeführten Stelle gedachten Falle den Schaden tragen, weil das Aufheben einer Geldsorte der völligen Vernichtung des Gegenstandes der Obligation nicht gleichgestellt werden, mithin die Obligation nicht aufheben könne. Diese Erklärung ist, auch wenn man davon absieht, daß von einer Vernichtung des Gegenstandes der Obligation auch dann nicht die Rede sein könnte, wenn die offerirte Geldsumme vollständig zu existiren aufgehört hätte, weil die Obligation nicht auf die bestimmten offerirten Münzen gerichtet war, jedenfalls verwerflich, einmal deshalb, weil kein Grund abzusehen ist, warum der Gläubiger nicht ebensowohl den Nachtheil der Verschlechterung, als den Nachtheil des völligen Unterganges tragen soll, und dann, weil die Aufhebung der Geldsorte in der That dem völligen Untergange gleichgestellt werden muß, indem die zu dieser Geldsorte gehörigen Münzen dadurch aufhören, Geld zu sein. Der Ausdruck „interemta est" beweist, daß auch Scävola, von welchem die Stelle herrührt, die Sache in dieser Weise aufgefaßt hat. Siehe auch Savigny, Obligationenrecht Bd. 1, S. 452. Andere, wie schon die Glosse zu der angeführten Stelle, erklären die Entscheidung durch Annahme eines Mangels in der Oblation; auch Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Bd. 1, S. 269 sieht es als eine nicht gehörige Oblation an, da der Schuldner mit geringhaltigen Münzen habe zahlen wollen. Allein nach dem Zusammenhange der Stelle ist anzunehmen, daß die Münzen zur Zeit der Oblation noch im Cours waren, daß also damals noch giltig mit ihnen gezahlt werden konnte; ebensowenig findet sich eine Andeutung davon, daß etwa nicht am gehörigen Orte oder zur gehörigen Zeit offerirt wäre. Sintenis, Civilrecht §. 93, N. 98, Bd. 2, S. 202 supponirt, daß der Schuldner auf die Erklärung des Gläubigers hin sich dazu verstanden habe, die Zahlung bis zu einer späteren Zeit zu verschieben, weshalb eine Mora des Gläubigers nicht anzunehmen sei. Aber auch zu dieser Supposition geben die Worte der Stelle keinen Anhalt. Mommsen, Mora §. 31, N. 6, S. 300 glaubt den Widerspruch nicht anders, als durch eine Textesänderung heben zu können, indem man statt creditoris: debitoris lese. Für diese Veränderung spreche, daß nur auf diese Weise die Stelle einen inneren Zusammenhang gewinne. Im Anfange wurden nämlich zwei Fälle neben einander gestellt; der Fall, wo der Gläubiger die Annahme des Geldes verweigert und dadurch den Schuldner genöthigt hat, für ihn dasselbe aufzubewahren, und der Fall, wo der Vormund eine Geldsumme für den Pupillen, um sie auf geeignete Weise zinsbar anzulegen, aufbewahrt hat. Rücksichtlich beider Fälle werde die Frage, wer den durch eine Aufhebung der Geldsorte entstandenen Schaden tragen solle, gemeinschaftlich aufgestellt, ohne daß irgendwie eine innere Verschiedenheit derselben

die Mora des Gläubigers eine willkürliche Verzögerung der Leistung ist, nach den allgemeinen Grundsätzen eine culpa levis des Schuldners nicht zu berücksichtigen[439]). Ferner ergiebt sich aus dem Obigen, daß der nach der Mora des Gläubigers eingetretene Verlust des offerirten Gegenstandes nur dann den Schuldner befreit, wenn ohnedies die nachtheiligen Folgen desselben ihn treffen würden. Hat z. B. der Schuldner das angebotene, von dem Gläubiger aber zurückgewiesene Geld zur Bezahlung einer anderen Schuld benutzt oder bei einer generischen Obligation den offerirten Gegenstand später verkauft, so kann der später erfolgte casuelle Untergang des offerirten Gegenstandes keine Einrede begründen, da der Nachtheil dieses Ereignisses den Schuldner nicht betroffen hat. Bei den gegenseitigen Obligationen kommen dieselben Grundsätze zur Anwendung. Auch hier ist dem Schuldner in dem vorher erwähnten Falle eine exceptio doli zu verstatten; bei diesen Obligationen kommt es aber zugleich darauf an, wie es sich mit der Gegenleistung verhalten soll. Diese Frage ist nun sofort zu betrachten. Bisher ist die Mora des Gläubigers vorzugsweise nur von der Seite betrachtet worden, daß sie die Befreiung des Schuldners verzögert. Die Erfüllung der Obligation hat jedoch in manchen Fällen weitergehende Wirkungen, indem sie zugleich zur Begründung eines Klagerechtes dienen kann. Hier gilt nun die Regel, daß dem Schuldner, wenn der Gläubiger die Annahme verweigert, das Klagrecht ebenso verstattet wird, wie wenn er die Obligation erfüllt hätte. Ja es ist zur Anstellung der Klage in der Regel nicht einmal die vorhergehende Begründung einer Mora des Gläubigers nothwendig, sondern es genügt die gleichzeitig mit Erhebung der Klage erfolgende

---

auch nur angedeutet wäre. Dies rechtfertige und erkläre sich vollständig, wenn die Entscheidung für beide Fälle gleich sei, wenn also, wie im zweiten Falle der Vormund, so im ersten Falle der Schuldner von dem Tragen des Schadens freigesprochen werde. Im höchsten Grade sei es aber auffallend, wenn Scävola, wie man bei der Lesart: creditoris annehmen müsse, die beiden Fälle in geradezu entgegengesetzter Weise entscheide. Ja es sei dann schlechterdings unerklärlich, wie der Jurist dazu gekommen sei, den zweiten Fall mit dem ersten in Verbindung zu setzen. Unseres Erachtens kann nur die von Mommsen vorgeschlagene Textesänderung den Widerspruch heben. Wenn solche auch nicht blos die Handschriften, sondern auch die Basiliken (Lib. XXVI. Tit. 5. cap. 102. th. 1.) gegen sich hat, so sprechen doch die stärksten inneren Gründe dafür. Jedenfalls ist, wenn man auch die vorgeschlagene Textesänderung zurückweist, die L. 102. pr. cit. nicht geeignet, einen Zweifel gegen die Richtigkeit des aus den im Eingange dieser Note angeführten Stellen hervorgehenden Resultates zu begründen.

439) Wenn auch die Worte der L. 72. pr. D. 46. 3.: deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit ein Bedenken gegen diese Annahme erregen könnten, so kann man doch mit Mommsen, Mora S. §. 31, N. 7 es nicht für gerechtfertigt achten, diese Worte zu einem argumentum a contrario zu benutzen. Siehe auch Donellus, Comm. iur. civ. Lib. XVI. cap. 13. — Wenn Noodt, Obs. Lib. I. cap. 16. die Worte: sine sua culpa streichen will, so genügt keiner der von ihm für deren Unechtheit angeführten Gründe: Für die Echtheit spricht noch insbesondre, daß auch die Basiliken (L. XXVI. Tit. 5. cap. 72. th. 1.) diese Worte mit ἄνευ ῥᾳθυμίας wiedergeben.

Oblation. Eine Anwendung dieses Satzes ist bereits oben bei der actio pigneratitia gezeigt worden. Ferner wird es anerkannt, daß der Miether auch dann, wenn die Zahlung des Miethgeldes infolge einer Mora des Gläubigers bisher unterblieben ist, das interdictum de migrando anstellen kann [440]). Ingleichen hat die Ehefrau den Anspruch auf die donatio propter nuptias auch dann, wenn der Ehemann die Annahme der dos verweigert hatte [441]). Die wichtigste Anwendung findet sich aber bei den gegenseitigen Obligationen. Der Schuldner kann hier, wenn der Gläubiger die Annahme verweigert, die Gegenleistung in Anspruch nehmen, und zwar sind ihm in dieser Beziehung alle diejenigen Rechte einzuräumen, welche er durch die Erfüllung erlangt hätte. So wird z. B. der Verkäufer von dem Augenblicke der Verweigerung der Annahme an die Verzinsung des Kaufgeldes verlangen können, ebenso wie wenn die Tradition der verkauften Sache wirklich erfolgt wäre. Doch wird er in diesem Falle die aus der verkauften Sache gezogenen Früchte dem Käufer erstatten müssen, da die Verbindlichkeit des Käufers zur Verzinsung des Kaufgeldes von der Uebergabe der verkauften Sache nur darauf gestützt wird, daß der Käufer nicht rem et pretium zugleich benutzen soll, dieses aber bei dem Verkäufer der Fall sein würde, wenn er die Zinsen des Kaufgeldes in Anspruch nehmen und die Früchte der Sache doch für sich behalten wollte. Ferner wird das Recht der Gegenleistung regelmäßig dadurch nicht aufgehoben, daß später eine casuelle Unmöglichkeit der Leistung eintritt und ebensowenig, wenn nachher ein Ereigniß eintritt, welches zwar eine wahre Unmöglichkeit der Leistung nicht bewirkt, dem Schuldner aber nach den oben aufgestellten Regeln eine exceptio doli gegen die Klage des Gläubigers gewährt. Die aufgestellten Regeln folgen aus dem Grundsatze, daß der Schuldner durch die Mora des Gläubigers keinen Schaden leiden soll, und müssen daher im allgemeinen selbst dann gelten, wenn das Obligationsverhältniß ein solches ist, bei welchem nach den sonstigen Regeln der Casus den Schuldner trifft. Es läßt sich demnach sagen, daß auch bei den gegenseitigen Obligationen die Mora des Gläubigers einen Uebergang der Gefahr von dem Schuldner auf den Gläubiger zur Folge hat. Es ist dies jedoch näher zu bestimmen. Am einfachsten gestaltet sich die Sache bei denjenigen gegenseitigen Obligationen, bei welchen Leistung und Gegenleistung der Natur des Geschäftes gemäß Zug um Zug zu erfüllen sind, wie z. B. bei dem perfecten Kaufe. Hier kann jeder Contrahent sogleich auf die Gegenleistung klagen, wenn er nur gleichzeitig seinerseits die

440) L. 1. pr. §. 4. D. 43. 32.

441) Nov. 91. cap. 2. Ein anderer Fall wird in L. 1. §. 2. L. 2. C. VII. 7. erwähnt; doch wird hier außer der Oblation zugleich die Deposition verlangt, was darin seine Erklärung findet, daß in diesen Stellen ein ganz exceptionelles Recht des Schuldners in Frage ist und man überhaupt in der späteren Kaiserzeit mehr geneigt war, außer der Oblation noch die Deposition vom Schuldner zu verlangen.

Leistung offerirt[442]). Tritt nach Begründung der Mora des Gläubigers ohne dolus oder culpa lata des Schuldners eine wahre Unmöglichkeit der Leistung ein, so wird dadurch selbstverständlich das Recht auf die Gegenleistung nicht berührt[443]); auch wenn dem Gläubiger keine Mora zur Last fällt, wird der Käufer durch das Eintreten einer casuellen Unmöglichkeit nicht von der Verbindlichkeit zur Beschaffung der Gegenleistung befreit. Dasselbe ist aber auch dann anzunehmen, wenn durch die Art, wie der Gegenstand der Obligation bestimmt ist, das Eintreten einer wahren Unmöglichkeit der Leistung ausgeschlossen ist, der offerirte Gegenstand aber, welchen der Gläubiger anzunehmen sich geweigert hat, infolge eines später eingetretenen Ereignisses nicht geleistet werden kann. So kann der Verkäufer fungibler Sachen, wenn die offerirten Sachen später ohne einen dolus oder eine grobe Fahrlässigkeit von seiner Seite untergegangen sind, ebenso der Käufer, wenn die von ihm offerirte Geldsumme später ohne eine Verschuldung dieser Art ihm verloren gegangen ist, die Gegenleistung beanspruchen, ohne die Einrede des nicht erfüllten Contractes fürchten zu müssen. Es folgt dies daraus, daß ihm die Mora des Gläubigers nicht zum Nachtheile gereichen soll. Bei dem imperfecten Kaufe trägt nach den allgemeinen Regeln der Verkäufer die Gefahr, indem in den Fällen einer casuellen Unmöglichkeit der Leistung mit der Verbindlichkeit zur Leistung zugleich die Verpflichtung zur Gegenleistung wegfällt[444]). Im allgemeinen wird hier wegen der Beschaffenheit der Obligation eine Mora des Gläubigers nicht begründet werden können. In den Fällen, in welchen dies ausnahmsweise geschehen kann, wie nach dem früher Bemerkten namentlich bei dem Kaufe ad mensuram, kann der Verkäufer die Gegenleistung beanspruchen, wenn nach dem Anfange der Mora des Gläubigers eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist. Hätte der Gläubiger die Zumessung nicht verzögert, so würde der durch die eingetretene Unmöglichkeit entstandene Schade allein den Gläubiger betroffen haben[445]). Bei der locatio rerum und operarum wird in der Regel die Leistung an eine bestimmte Zeit gebunden sein und deshalb von einer bloßen Mora des Gläubigers nicht die Rede sein können. Wo dies nicht der Fall ist, sind die aufgestellten Regeln analog anzuwenden, nur daß wegen der Beschaffenheit der Leistung hier eine Modification eintritt. Hat ein Arbeiter seine Dienste für eine bestimmte Zahl von Tagen vermiethet, ohne daß die einzelnen Tage, an welchen die Dienste geleistet werden sollen, näher bestimmt sind, so kann er in der Regel sich sogleich zur Dienstleistung erbieten. Wenn nun der Miether ohne Grund die Annahme der Dienste verweigert, so ist hier freilich eine

---

442) L. 13. §. 8. D. 19. 1.

443) Siehe auch L. 36. D. 19. 2., wo zwar von keinem Kaufe die Rede ist, aber in der fraglichen Beziehung dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen.

444) Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte Abth. I, §. 28.

445) L. 5. fin. D. 18. 6.

Unmöglichkeit der Leistung nicht vorhanden, weil auch eine spätere Leistung der Dienste möglich ist. Dennoch ist nach dem aufgestellten Princip dem Vermiether in diesem Falle ein Anspruch auf die Gegenleistung einzuräumen, ohne daß ihm noch eine vorherige Erfüllung angesonnen werden kann. Er kann die Gegenleistung aber nicht sofort beanspruchen, wie er dies auch, wenn die Leistung angenommen worden wäre, nicht hätte thun können; erst nachdem nach der Oblation der Zeitraum abgelaufen ist, für welchen die Dienste vermiethet sind, kann der Vermiether die Gegenleistung fordern, unter der Voraussetzung, daß er fortwährend zur Erfüllung bereit war[446]). Tritt jedoch vor Ablauf dieses Zeitraums eine Unmöglichkeit der Leistung ein, so kann der Vermiether regelmäßig die Gegenleistung nur bis zu diesem Zeitpunkte verlangen, weil er auch im Falle der Annahme der Leistung von Seiten des Gläubigers nur die bis dahin verdiente Gegenleistung hätte beanspruchen können. Eine Ausnahme, welche sich aus den Regeln über die casuelle Unmöglichkeit ergiebt[447]), tritt nur dann ein, wenn der Grund der später eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung in persönlichen Hindernissen des Miethers lag, welche ihn an der Annahme der Leistung verhinderten. Ja es dürfte nach Analogie der oben erwähnten Bestimmungen anzunehmen sein, daß der Schuldner, welcher die geschuldeten Dienste anbietet, selbst dann die Gegenleistung (als Schadensersatz wegen der gehinderten Dienstleistung) fordern kann, wenn die persönlichen Hindernisse des Miethers, welche dem Letzteren die Annahme unmöglich machen, schon vor der Oblation eingetreten sind, und deshalb von einer willkürlichen Nichtannahme der Leistung, einer Mora des Miethers nicht die Rede sein kann.

3) Mittel des Schuldners, sich ohne Mitwirkung des Gläubigers von der Verbindlichkeit zu befreien. — Gerichtliche Deposition. — Preisgeben des geschuldeten Gegenstandes. Die Mora des Gläubigers führt, wie früher bemerkt wurde, eine völlige Befreiung des Schuldners nicht mit sich. Dem Schuldner kann aber daran gelegen sein, daß das obligatorische Verhältniß nicht einmal in der loseren Weise fortbestehe, in welcher die Mora des Gläubigers dasselbe fortdauern läßt. Es kann dies deshalb für ihn von Interesse sein, weil er einestheils fortwährend für dolus und culpa lata haftet und anderntheils ihm die Aufbewahrung des Gegenstandes der Obligation Kosten verursachen kann, wegen deren er nicht vollständig gesichert ist. Bei Geldschulden kommt noch hinzu, daß der Lauf der Conventional-

---

446) Nach den Umständen des concreten Falles richtet es sich, ob eine einmalige Oblation hinreicht oder eine Wiederholung derselben, z. B. für jeden Arbeitstag nöthig ist. Ferner gilt selbstverständlich, wenn die Gegenleistung nach dem Vertrage im Falle der Dienstleistung für kleinere Zeiträume gefordert werden kann, dies auch für den oben erwähnten Fall.

447) Siehe L. 19. §. 9. 10. D. 19. 2. und dazu Mommsen, Beitr. zum Obligationenrechte Abth. I, S. 353 flg.

zinsen durch die Mora des Gläubigers nicht unterbrochen wird; bei der actio tutelae gilt dies sogar hinsichtlich der gesetzlichen Zinsen. So kann es denn für den Schuldner von Bedeutung sein, daß er, wenn der Gläubiger seine Mitwirkung verweigert, ein Mittel habe, auch ohne diese Mitwirkung sich vollständig von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Das Einfachste wäre, wenn der Schuldner gegen den Gläubiger auf Annahme der Leistung klagen könnte; ein solches Recht steht aber dem Schuldner, wie in Note 166 bemerkt worden ist, nur ausnahmsweise zu; auch würde es wegen der mit der Führung eines Rechtsstreites möglicherweise verbundenen Weitläufigkeiten in vielen Fällen nicht genügen. Dagegen hat der Schuldner andere Mittel, um sich ohne Mitwirkung des Gläubigers zu befreien. Das wichtigste dieser Mittel ist die gerichtliche Deposition[448]), welche sich namentlich auf Geldschulden bezieht. Der Schuldner hat im Falle einer Mora des Gläubigers das Recht, die geschuldete Geldsumme gerichtlich zu deponiren. Hat er dies gethan, so ist er vollständig von seiner Verbindlichkeit befreit; die Deposition unterbricht also auch den Lauf derjenigen Zinsen, welche ungeachtet der Mora des Gläubigers fortlaufen[449]). Dem Gläubiger steht nach erfolgter Deposition keine Klage mehr gegen den ursprünglichen Schuldner zu, sondern nur die actio depositi utilis gegen den Depositar (jetzt der Anspruch gegen die öffentliche Behörde)[450]). Nur wenn der Schuldner die Deposition wieder rückgängig gemacht hat, kann der Gläubiger eine Klage gegen den Schuldner anstellen, sowie in diesem Falle auch der Lauf der Zinsen, insoweit er allein durch die Deposition unterbrochen wurde, wieder von neuem beginnt[451]). Die Deposition setzt zu ihrer Wirksamkeit im allgemeinen voraus, daß die Leistung vorher in gehöriger Weise offerirt sei; es ist aber nicht nothwendig, daß der Gläubiger willkürlich die Annahme verweigert, d. h. einer Mora sich schuldig gemacht hat. Auch dann, wenn dem Gläubiger wegen persönlicher Hindernisse die Annahme nicht möglich war, darf der Schuldner deponiren; ja selbst dann, wenn infolge von Hindernissen von Seiten des Gläubigers eine Oblation gar nicht erfolgen konnte, z. B. wenn der Gläubiger minderjährig ist und keinen Vormund hat oder wenn der ursprüngliche Gläu-

---

448) Vgl. den Artikel Deposition Bd. III, S. 312 flg.

449) L. 7. D. 22. 1. L. 6. 19. C. IV. 32. L. 9. C. de solut. (VIII. 42. (43.) — L. 1. §. 3. D. 22. 1. L. 28. §. 1. D. 26. 7.

450) L. 19. fin. C. IV. 32.

451) L. 19. fin. C. IV. 32.: nisi forte eas receperit. — In L. 7. D. 22. 1. wird der Wiederbeginn des Zinsenlaufes davon abhängig gemacht, daß die Mora des Gläubigers purgirt und der Schuldner in Verzug gesetzt ist. Diese Stelle setzt voraus, daß der Schuldner die Sache, wie dies nach älterem Rechte zulässig war, in seinem eigenen Gewahrsam deponirt und die Deposition nicht rückgängig gemacht hat. In diesem Falle kann allerdings der Zinsenlauf erst dann wieder beginnen, wenn der Schuldner sich der Herausgabe des deponirten Geldes weigert.

biger gestorben, dessen Erbschaft aber noch nicht angetreten ist[452]). Nur dann, wenn eine Oblation möglich war, hat die Deposition ohne vorhergegangene Oblation nicht die Wirkung der Befreiung[453]). Ferner setzt die Deposition zu ihrer Wirksamkeit voraus, daß wirklich der ganze Betrag der Obligation deponirt ist, sofern nicht etwa ausnahmsweise der Gläubiger Theilzahlung sich gefallen lassen muß[454]). Die Deposition ist hauptsächlich von Bedeutung bei Geldschulden, und bei diesen ist sie das einzige dem Schuldner zu Gebote stehende Mittel, um sich ohne Mitwirkung des Gläubigers vollständig von seiner Verpflichtung zu befreien. Sie kann aber auch bei anderen beweglichen Sachen vorkommen und bewirkt hier ebenfalls Beendigung des ganzen obligatorischen Verhältnisses, wird aber in dieser Anwendung selten in den Quellen erwähnt[455]); ist auch hier bei weitem nicht in der Allgemeinheit anwendbar, wie bei Geldschulden. Es war daher hier ein anderes Mittel für den Schuldner nothwendig, um sich ohne Mitwirkung des Gläubigers von seiner Verpflichtung zu befreien, und ein solches wird ihm, wenigstens unter Umständen, dadurch an die Hand gegeben, daß er den Gegenstand der Obligation preisgeben darf. Darauf beziehen sich L. 12. 14. pr. D. 18. 6. L. 1. §. 3. 4. D. eod. L. 8. D. 33. 6. In der ersten Stelle[456]) wird das Hinausstellen der verkauften Sachen auf den öffentlichen Weg, d. h. das Preisgeben derselben, als eine berechtigte Handlung anerkannt, wenn dem Käufer eine Mora zur Last fällt, ohne daß sonstige Voraussetzungen für die Ausübung dieser Befugniß erwähnt werden. In der zweiten Stelle wird das Recht, den verkauften Wein auszugießen, gegen den säumigen Gläubiger anerkannt; im §. 3 wird es jedoch davon abhängig gemacht, daß der Verkäufer dem Käufer das Ausgießen des Weines für den Fall, daß derselbe nicht binnen einer bestimmten Zeit die Leistung in Empfang nehme, angedroht habe; dieses Erforderniß wird man wohl auch in den §. 4 hineintragen müssen[457]). In der dritten Stelle wird das Preisgeben des Gegenstandes der Obligation als ein dem Schuldner zum Nachtheile gereichendes oder gefährliches Verfahren bezeichnet. Die beiden ersten Stellen lassen sich leicht dadurch vereinigen, daß man das in L. 1. §. 3. D. 18. 6. enthaltene Erforderniß einer vorhergehenden Verwarnung (denunciatio) in die L. 12. 14. pr. D. eod. hineinträgt. Dagegen ist die Möglichkeit einer Vereinigung der L. 8. D. 33. 6. mit den beiden anderen Stellen

---

452) L. 7. §. 2. D. 4. 4. L. 56. §. 1. D. 17. 1. L. 18. §. 1. D. 22. 1. Siehe auch L. 47. §. 2. D. 40. 5. L. 4. pr. D. 40. 7.

453) L. 2. C. IV. 32.

454) L. 41. §. 1. D. 22. 1.

455) L. 1. §. 36. 37. D. 16. 3. Nov. 91. cap. 2.

456) Sie wird ausführlicher besprochen von Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte Abth. I, S. 333.

457) Die Nichterwähnung der Androhung des Nachtheiles im §. 4 beruht wohl darauf, daß der Jurist in diesem Paragraph vornehmlich die Zeit, zu welcher der Wein abzuholen sei, feststellen wollte.

sehr zweifelhaft. Es ist hier ein zwiefacher Weg möglich, indem man entweder annimmt, daß Pomponius in der L. 8. cit. das Preisgeben des geschuldeten Gegenstandes nicht ohne weiteres als zum Schadenersatze verpflichtend, sondern nur als gefährlich, nämlich für den Fall, daß der Schuldner den Gläubiger nicht verwarnt oder keine hinreichende Frist ihm bestimmt haben sollte, hat bezeichnen wollen, oder indem man annimmt, daß für die verschiedenen Arten der Obligationen verschiedene Grundsätze gegolten haben. Beide Vereinigungsversuche sind aber mißlich. Bei dem ersten wird dem Worte: periculose eine Bedeutung beigelegt, welche mit dem sonstigen Inhalte der L. 8. cit. nicht so gut übereinstimmt, wie jede andere Bedeutung, die das Wort ebensowohl haben kann, in welcher es ausdrückt, daß der Schuldner den Nachtheil der fraglichen Handlung tragen müsse. Für eine Unterscheidung der verschiedenen Arten der Obligationen fehlen aber alle inneren Gründe. Zwar beziehen sich die L. 1. §. 3. 4. L. 12. 14. pr. D. 18. 6. auf einen Kauf, also auf eine gegenseitige Obligation, welche zugleich bonae fidei ist, während die L. 8. D. 33. 6. von einem Damnationslegate, also von einer einseitigen und noch dazu strengen Obligation handelt. Auf gegenseitige Obligationen kann man aber das Recht des Schuldners, den geschuldeten Gegenstand preiszugeben, nicht beschränken; es würde dies nur dann zu rechtfertigen sein, wenn es zur Geltendmachung des Rechtes auf die Gegenleistung einer völligen Befreiung von der Verpflichtung zur Leistung bedürfte, was entschieden nicht der Fall ist. Ebenso mangelt es aber an jedem Grunde, warum in der hier fraglichen Beziehung für die strengen Obligationen andere und noch überdies mildere Grundsätze als für die freien Obligationen gegolten haben sollten. Möglich wäre noch die Unterscheidung zwischen Vermächtnissen und Obligationen aus Verträgen; aber auch hier mangelt es an jedem inneren Grunde, die Vermächtnisse und Verträge in der fraglichen Beziehung verschieden zu behandeln. Auf die Aufklärung dieses Widerspruches wird man wohl mit Mommsen verzichten müssen; für das heutige Recht wird man aber die beiden ersten Stellen von Ulpian und Paulus zu Grunde legen müssen, zumal Ulpian in L. 1. §. 4. D. 18. 6. das Preisgeben des geschuldeten Gegenstandes ausdrücklich auch als ein von den älteren römischen Juristen allgemein anerkanntes Recht aufführt[458]). Geht

458) Dagegen findet Madai, Mora S. 470 flg. in der L. 8. D. 33. 6. den Ausdruck der allgemeinen Regel, indem er das Recht des Schuldners, den Gegenstand der Obligation preiszugeben, auf den Weinverkauf beschränkt, und das Ausgießen des Weines als eine Nothdeposition betrachtet wissen will. Für diese Ansicht beruft er sich namentlich auf die Basiliken, welche die Bestimmung der L. 1. §. 3. D. 18. 6. in einem besonderen Titel: *περὶ πράσεως καὶ ἀγοράσιος οἴνου* aufgenommen haben (Basil. Lib. LIII. Tit. 7.). Diese Ansicht ist aber mit Mommsen nicht zu billigen. Es läßt sich nicht daran denken, daß die römischen Juristen das Ausgießen des Weines als eine Nothdeposition betrachtet haben sollten, da es in der That das Gegentheil davon ist; auch geht aus L. 12. 14. pr. D. 18. 6. hervor, daß die römischen Juristen auch in anderen Fällen, als

man hiervon aus, so muß man annehmen, daß dem Schuldner ursprünglich das Recht, den Gegenstand der Obligation, sofern dieser nicht in Gelde bestand, im Falle einer Mora des Gläubigers preiszugeben, in sehr weitem Umfange und wahrscheinlich unbeschränkt zustand; die Verantwortlichkeit des Schuldners für dolus und culpa lata beschränkte sich also vorzugsweise darauf, daß der Schuldner den Gegenstand der Obligation nicht zu seinem eigenen Vortheile, nicht als über einen ihm gehörigen verfügen durfte. Das Recht, den Gegenstand der Obligation preiszugeben, wurde jedoch dem Schuldner in dem späteren Rechte nicht mehr unbeschränkt verstattet, sondern von einer vorgängigen Verwarnung abhängig gemacht. Ueberhaupt scheint nach L. 1. §. 3. D. 18. 6. zur Zeit Ulpian's die frühere strenge Praxis sich gemildert und dem damaligen Rechtsbewußtsein nicht mehr ganz entsprochen zu haben, was in höherem Maße hinsichtlich des heutigen Rechtsbewußtseins zu behaupten ist. Unter Berücksichtigung der angeführten Momente ergeben sich für das heutige Recht folgende Grundsätze: 1) verursacht die Aufbewahrung des Gegenstandes der Obligation dem Schuldner weder Kosten, noch Unbequemlichkeit und bringt sie ihm auch sonst keinen Schaden, so darf er denselben weder preisgeben, noch auch Handlungen vornehmen, wodurch er sich desselben entäußert. Dasselbe ist wohl anzunehmen, wenn die Kosten, welche die Aufbewahrung des Gegenstandes verursacht, ganz gering sind. Ueberdies ist anzunehmen, daß der Schuldner nicht nur dann, wenn der Gegenstand der Obligation in Geld besteht, sondern auch dann, wenn derselbe sich ebenso leicht wie eine Geldsumme deponiren läßt, denselben nicht preisgeben darf, sondern nur zur Deposition berechtigt ist. 2) Verursacht die Aufbewahrung nicht ganz unbedeutende Kosten oder eine erheblichere Unbequemlichkeit oder bedroht sie den Schuldner mit sonstigen Nachtheilen, so braucht der Schuldner den Gegenstand für den Gläubiger nicht aufzubewahren; eine Verpflichtung dazu ihm aufzubürden, würde um so unbilliger sein, als der Schuldner kein sicheres Mittel zur Erlangung des Ersatzes der Verwendungen und des Schadens hat. Der Schuldner muß aber regelmäßig dem Gläubiger, ehe er sich des Gegenstandes der Obligation entäußert, den Nachtheil unter Festsetzung einer nach den Umständen ausreichenden Frist vorher androhen und kann dann erst nach abgelaufener Frist die Handlung vornehmen. Nur wenn der Schade so unmittelbar bevorsteht, daß eine vorhergehende Androhung nicht möglich ist und es dem Schuldner nicht zugerechnet werden kann, daß er dies nicht vorhergesehen und nicht früher eine Ankündigung erlassen hat, bedarf es einer Androhung nicht; ebenso wenn die Androhung wegen persönlicher Verhältnisse des Gläu-

bei dem Weinverkaufe, dem Schuldner das Recht, den Gegenstand der Obligation preiszugeben, verstattet haben. Die Auctorität der Basiliken kann gegen das ausdrückliche Zeugniß der Quellen nicht in Betracht kommen, zumal es sich hier nur um die Stellung einzelner Stellen des Justinianeischen Rechtes in den Basiliken handelt, die bei diesen auf eigenthümlichen Grundsätzen beruhte.

bigers nicht möglich ist. 3) Der Schuldner muß immer das dem Gläubiger am wenigsten Nachtheil bringende Mittel ergreifen. Er muß also, wenn der Gegenstand der Obligation sich ohne Schwierigkeit verkaufen läßt, den Verkauf desselben vorziehen; er kann dann das Kaufgeld nach Abzug seiner Auslagen u. s. w. deponiren und so sich von seiner Verbindlichkeit vollständig befreien. Läßt sich ein Verkauf nicht bewerkstelligen, so muß man den Schuldner unter den erwähnten Voraussetzungen für berechtigt halten, den Gegenstand preiszugeben [459]).

4) Haftung des Gläubigers für die Mora seiner Vertreter. — Haftung Dritter für die Mora des Gläubigers. Wie bei der Mora des Schuldners, sind auch hier die Fragen zu beantworten, inwiefern der Gläubiger für die Mora seiner Vertreter haftet und inwiefern die Wirkungen der Mora des Gläubigers Dritte treffen können. Bei der ersten Frage sind die Vertreter handlungsunfähiger Gläubiger und die frei bestellten Vertreter zu unterscheiden. Ist der Gläubiger handlungsunfähig, mithin auch unfähig, die Leistung anzunehmen oder mit der Wirkung anzunehmen, daß der Schuldner durch die Annahme befreit wird, so kann ihm auch nicht wirksam offerirt werden; vielmehr muß die Oblation dem Vertreter geschehen, und es ist allein darauf zu sehen, ob die Nichtannahme auf dem Willen des Vertreters beruht oder nicht. Obgleich die Quellen nicht ausdrücklich sagen, daß die Folgen der Mora des Vertreters, z. B. des Vormundes, den Gläubiger treffen, so kann es doch nicht zweifelhaft sein, daß dies der Fall ist. Ja es ist hier sogar eine unbeschränkte Haftung des Vertretenen anzunehmen, da von einer Cession der Klage nicht die Rede sein kann, weil durch die Mora des Gläubigers als solche keine Klage auf Schadenersatz begründet wird [460]). Dem Vertretenen steht demnach, wenn die Mora des Vertreters Nachtheile für ihn gehabt hat, nur der Regreß gegen den Vertreter zu. Eben dasselbe, was hinsichtlich der

---

459) Zu ähnlichen Resultaten, wie Mommsen, Mora S. 312 flg., dessen Ansichten oben vorgetragen sind, gelangt Wolff, Mora S. 488 flg. Nicht zu rechtfertigen aber ist, daß dieser seine Schlüsse aus dem Satze zieht, daß der Schuldner auch nach der Mora des Gläubigers für dolus und culpa lata haftet. Die Frage, inwieweit die Mora des Gläubigers von einer Handlungsweise des Schuldners, welche unter anderen Umständen als Dolus erscheinen würde (siehe L. 9. pr. D. 10. 4.) den Vorwurf des Dolus abwendet, kann aus den allgemeinen Regeln über den Dolus nicht beantwortet werden. Ebenso ist es unrichtig, wenn Wolff a. a. O. S. 492 für den Fall, daß weder ein Verkauf des Gegenstandes möglich ist, noch der Schuldner ohne Kostenaufwand sich desselben entledigen kann, dem Schuldner eine Klage auf Annahme der Leistung, d. h. auf Wegschaffung des Gegenstandes verstattet. Diese Umstände allein können eine solche Klage nicht begründen; vielmehr ist der Gesichtspunkt, aus welchem eine solche Klage zugelassen werden kann, ein ganz anderer (siehe oben Note 163) und es ist nicht nothwendig, daß er mit den angegebenen Momenten zusammentrifft, obgleich dies auch häufig der Fall sein wird.

460) S. L. 22. D. 40. 4., welche freilich nicht von der offerirten Erfüllung einer Obligation, sondern von der Erfüllung einer Bedingung handelt, sowie namentlich auch L. 4. §. 24. fin. §. 25. D. 44. 4.

Haftung für die Mora des Vormundes und des Vertreters juristischer Personen gilt, ist auch in Ansehung der Mora des Universalprocurators oder eines Institors anzunehmen. Dies folgt aus der Stellung, welche diese Vertreter rechtlich einnehmen, da der Vertretene die exceptio doli aus den Handlungen solcher Vertreter sich allgemein gefallen lassen, ja sogar einen ihm nachtheiligen Vertrag derselben anerkennen muß [461]). Dieselben Grundsätze können hinsichtlich eines Specialprocurators nicht anerkannt werden. Zwar muß selbstverständlich der Gläubiger die Folgen der Handlungsweise des Bevollmächtigten tragen, wenn derselbe bei der Nichtannahme sich lediglich an die ihm ertheilte Instruction gehalten hat. Wenn aber der Bevollmächtigte gegen den Inhalt der ihm ertheilten Vollmacht die Annahme der ihm offerirten Leistung verweigert hat, so können die Folgen der Mora für den Gläubiger, gegen dessen ausdrücklichen Willen dies geschehen ist, nicht ohne weiteres eintreten. Die Gründe, welche bei dem Universalprocurator eine andere Entscheidung veranlassen, treffen bei dem Specialbevollmächtigten, dessen Stellung eine ganz andere ist, nicht zu [462]). Doch kann man die dem Specialprocurator geschehene Oblation nicht für ganz unwirksam erklären; denn wenn ein Procurator für die Annahme einer Leistung bestellt wird, so liegt darin zugleich ein Auftrag an den Schuldner, an diesen zu zahlen [463]). Kann nun auch die Oblation an den Specialprocurator keine Mora des Gläubigers begründen, so ist derselbe doch für den Schaden verantwortlich, welchen der Schuldner dadurch erlitten hat,

461) Vgl. L. 10. §. 2. L. 12. D. 2. 14. L. 4. §. 18. D. 44. 4. Dagegen kann man sich für die oben aufgestellte Ansicht nicht berufen auf den Ausspruch Julian's in L. 34. §. 3. D. 46. 3.: qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intelligitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant. Aus diesem Satze, welcher ebensowohl für den Fall der Bestellung eines Specialprocurators gilt, wenn auch hier nicht in Bezug auf alle Schuldner, ist nicht abzuleiten, daß alle Folgen der Mora den Gläubiger treffen. Donellus, Comm. iur. civ. Lib. XVI. cap. 13. hat die Ansicht, daß nur dem Gläubiger wirksam offerirt werden könne. Dieser Ansicht liegt aber, wie Mommsen, Mora §. 33, N. 2, S. 315 mit Recht annimmt, eine Verkennung der Stellung, welche im römischen Rechte dem Universalprocurator eingeräumt wird, zu Grunde.

462) Die verschiedene Stellung des Universalprocurators und des Specialprocurators wird in L. 4. §. 18. D. 44. 4. sehr bestimmt hervorgehoben. Nur aus dem nach der Litiscontestation von dem Specialprocurator Geschehenen muß der Vertretene sich nach römischem Rechte die exceptio doli gefallen lassen, was darin seinen Grund hat, daß der Procurator durch die Litiscontestation dominus litis wird. Nach heutigem Rechte ist dies freilich nicht mehr anzuerkennen; es fallen hier die einzelnen Wirkungen des dominium litis, welche mit der Litiscontestation eintreten, weg, namentlich die exceptio doli aus Handlungen dessen, welcher nur Proceßvollmacht hat. Siehe den Artikel Mandat Bd. VII, S. 62. Der von Mommsen aufgestellten hier adoptirten Ansicht nach römischem Rechte ist auch Madai, Mora §. 40. A. M. sind viele ältere Schriftsteller und unter den neueren namentlich Schilling, in den krit. Jahrb. f. teutsche RW. Bd. III, S. 245 fg. Fritz, Erläuterungen Heft 3, S. 351. Sintenis, Civilrecht Bd. 2, S. 219, indem sie annehmen, daß der Gläubiger auch für die Mora des Specialprocurators hafte.

463) Der in Note 461 abgedruckte Satz der L. 34. §. 3. D. 46. 3. gilt,

daß er in Gemäßheit des Auftrages des Gläubigers die Oblation an den Procurator vorgenommen hat. Außerdem hat ohne Zweifel der Schuldner in diesem Falle das Recht der Deposition. Dagegen ist nicht anzunehmen, daß die Verantwortlichkeit des Schuldners sich auf die Haftung für dolus und culpa lata beschränkt, und ebensowenig kann man ihm in dem gedachten Falle die Befugniß, den Gegenstand der Obligation preiszugeben, einräumen. — Die Frage, inwiefern die Folgen der Mora des Gläubigers dritte Personen treffen, läßt sich nur aufwerfen für den Fall der Beerbung des Gläubigers sowie für den Fall des Daseins von Correalgläubigern. Im ersten Falle ist die Entscheidung nicht zweifelhaft, indem durchaus kein Grund vorliegt, warum hier eine Ausnahme von der Regel, daß der Erbe die Handlungen des Erblassers zu vertreten hat, gelten solle. Nur dann, wenn die Forderung selbst auf den Erben nicht übergeht, können selbstverständlich die Wirkungen der Mora des Erblassers ihn nicht treffen; alsdann tritt aber für den Schuldner eine vollständige Befreiung ein. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, inwiefern die Mora des einen Correalgläubigers dem anderen schadet. Daraus, daß der Schuldner berechtigt ist, demjenigen unter den Correalgläubigern, welchen er wählt, giltig zu zahlen, folgt, daß er ihm auch giltig offeriren kann; es folgt aber daraus nicht, daß auch die eigenthümlichen Folgen der Mora des einen Correalgläubigers die übrigen treffen[464]). Es wird sich dies auch nach der Stellung der Correalgläubiger zu einander nicht annehmen lassen. Dagegen sind diejenigen Folgen, welche sich aus der Oblation ergeben, z. B. die Berechtigung der Deposition, auch hier anzunehmen[465]). Ferner wird, wenn die Obligation des einen Correalgläubigers nur eine accessorische ist (adstipulatio), der Hauptgläubiger den Schaden, welchen die Verweigerung der Annahme von Seiten des adstipulator dem Schuldner verursacht hat, zu erstatten haben; und zugleich wird in diesem Falle, wenn der adstipulator auch im Interesse des Schuldners zugezogen war, das Interesse berücksichtigt werden müssen, welches der Schuldner daran hatte, lieber an den Nebengläubiger als an den Hauptgläubiger zu zahlen. Die aufgestellten Regeln ergeben sich aus dem hinsichtlich des Specialprocurators Bemerkten. Bestritten ist, ob dieselben Grundsätze ohne Einschränkung auch dann zur Anwendung zu bringen seien, wenn

---

wie in dieser Note bereits bemerkt ist, auch für den Fall der Bestellung eines Specialprocurators, nur hier nicht in Bezug auf alle Schuldner, sondern allein in Bezug auf den Schuldner, um dessen Schuld es sich handelt. Deshalb muß auch dasjenige, zu dessen Begründung der erwähnte Satz in der gedachten Stelle angeführt wird, ohne Zweifel auch hinsichtlich des Specialprocurators anerkannt werden. Dies berücksichtigt Madai, Mora §. 40 nicht hinreichend.

464) L. 27. pr. D. 2. 14. beweist auch, daß die Folgerungen aus dem Satze, daß jedem Correalgläubiger giltig gezahlt werden kann, nicht zu weit ausgedehnt werden dürfen. Siehe zu dieser Stelle Savigny, Obligationenrecht Bd. 1, S. 173 flg.

465) Vgl. Savigny a. a. O. S. 163.

die verschiedenen Correalgläubiger einander gleichstehen, es sich also nicht um eine adstipulatio handelt[466]). Steht eine Forderung mehreren Gläubigern pro rata zu, so kann die Verweigerung der Annahme von Seiten des einen Gläubigers, auch wenn diesem der ganze Gegenstand der Obligation offerirt war, den Eintritt der Folgen der Mora zunächst nur gegen diesen einen Gläubiger und nur hinsichtlich des ihm zustehenden Theiles der Forderung bewirken. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn der ablehnende Gläubiger zugleich Vertreter der übrigen Gläubiger war, indem dann die vorher hinsichtlich der Vertreter aufgestellten Regeln anzuwenden sind.

III. Beendigung der Mora. A. Beendigung der Mora des Schuldners. 1) Beendigung ohne gleichzeitige Aufhebung der Obligation. Die dem Schuldner durch seine Mora zur Last fallende Rechtsverletzung ist keine vorübergehende, wie in den Fällen der durch dolus und culpa lata herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung, sondern eine dauernde. Der Schuldner verletzt nicht nur in dem Momente der Begründung der Mora das Recht des Gläubigers, sondern er verletzt dasselbe auch fernerhin, so lange als er die Leistung dem Gläubiger vorenthält. Die Mora kann fortwährend neue Wirkungen hervorbringen, so daß zu untersuchen ist, in welcher Weise die Mora beendigt werden kann. An die Spitze ist hier der Satz zu stellen, daß die Mora nicht von selbst aufhört, sondern daß es vielmehr zur Beendigung derselben einer bestimmten Handlung bedarf. Dieser Satz wird mit Bezug auf eine der wichtigsten Folgen, die Verzugszinsen, in L. 87. §. 1. D. 31. ausdrücklich anerkannt. Das Aufhören des Laufes der Zinsen, welche minderjährige Gläubiger vermöge des ihnen ertheilten Privilegiums beanspruchen können, mit der Volljährigkeit des Gläubigers erklärt Paulus in der angeführten Stelle daraus, daß hier eine wahre Mora nicht vorhanden sei und setzt ausdrücklich hinzu, daß in den Fällen einer wahren Mora nur eine einmalige Begründung erfordert werde, damit eine dauernde Verpflichtung zur Zahlung der Zinsen entstehe („quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur"). Obwohl der Ausspruch des Juristen sich zunächst auf die durch Interpellation begründete Mora bezieht, so ist er doch nicht auf diese zu beschränken. Ebenso entschieden ist der aufgestellte Grundsatz hinsichtlich der durch Delict begründeten Mora anerkannt. Da bei dem Diebstahle die Annahme einer Mora ohne vorhergehende

466) Mommsen, Mora S. 318 erklärt sich für die unbeschränkte Anwendung dieser Grundsätze in dem gedachten Falle. Madai, Mora S. 472 flg. nimmt an, daß die Mora des einen Correalgläubigers auch den übrigen schade, und führt daher den alleinigen Grund an, daß die Zahlung an den einen der Correalgläubiger den Schuldner gänzlich befreit; ein Grund, welcher ebensowohl in Betreff des Specialprocurators gilt, hier aber nach Madai nicht in Betracht kommt. Dagegen hält Wolff, Mora S. 496 flg. die Oblation in dem in Frage stehenden Falle den übrigen Correalgläubigern gegenüber für gänzlich wirkungslos.

Interpellation wohl auch dadurch begründet wurde, daß in den meisten Fällen dem Gläubiger durch die Art und Weise der Begehung des Diebstahles zugleich die Interpellation unmöglich gemacht wurde, so wäre allerdings ein Zweifel möglich gewesen, ob nicht mit Beseitigung der Hindernisse der Interpellation auch die Mora des Diebes aufhöre, sofern nicht jetzt der Bestohlene eine Interpellation vornehme. Es wird aber sehr bestimmt gesagt, daß dies nicht der Fall ist[467]). Hiernach ist der über die Fortdauer der Mora aufgestellte Grundsatz als allgemeiner zu betrachten und auch auf diejenigen Fälle einer ohne Interpellation eintretenden Mora zu beziehen, für welche die Quellen ihn nicht ausdrücklich anerkennen, also namentlich auch auf den Fall, wenn die Mora ohne Interpellation gegen einen abwesenden Schuldner begründet ist[468]). Die Aufhebungsgründe der Mora zerfallen in zwei Klassen. Einestheils kommen nämlich die Thatsachen, welche die Obligation selbst aufheben, zugleich als Gründe der Aufhebung der Mora in Betracht, anderntheils giebt es auch selbstständige Aufhebungsgründe der Mora, indem die Mora beendigt werden kann, ohne daß zugleich die Obligation selbst aufgehoben wird. Zunächst ist die letztere Art der Beendigung der Mora zu betrachten. Hierher gehören zwei Aufhebungsgründe der Mora: a) Verzicht von Seiten des Gläubigers. Wie der Gläubiger die ganze Schuld erlassen kann, so kann er auch auf die Folgen der Mora verzichten, was in sehr verschiedener Weise geschehen kann. Der Verzicht kann so erklärt sein, daß man es rechtlich so ansehen muß, als ob dem Schuldner überhaupt keine Mora zur Last falle, oder der Erlaß bezieht sich nur auf die bisherigen oder nur auf die zukünftigen Folgen. Ein Vertrag, nach welchem der Schuldner für die Zukunft unter keinen Umständen, auch wenn er von neuem interpellirt wurde, für die Mora haften soll, ist ungiltig, wie jeder Vertrag, daß ein künftiger dolus nicht prästirt werden solle. Der Verzicht kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sein. Ein stillschweigender Verzicht liegt in der dem Schuldner von Seiten des Gläubigers geschehenen Bewilligung einer Frist. Ist eine solche bewilligt worden, so müssen für die Dauer der Frist nothwendig die Folgen der Mora wegfallen, weil für diesen Zeitraum die

467) Vgl. L. 20. D. 13. 1. Dasselbe wird in Bezug auf den Dejicienten ausgesprochen in L. 19. D. 43. 16.

468) Abweichend von Mommsen, dessen Ansicht oben dargestellt ist, nimmt Madai, Mora S. 224 flg. an, daß die gegen einen abwesenden Schuldner eingetretene Mora mit dessen Rückkehr von selbst aufhöre. Er beruft sich theils auf die Analogie der Mora ex re zu Gunsten Minderjähriger, theils auf L. 32. §. 1. fin. D. 22. 1., indem er die Stelle an diesem Orte so versteht, als ob nach derselben im Falle einer dem Abwesenden wirklich geschehenen Mahnung eine spätere Wiederholung erforderlich sei, und daraus folgert, daß es derselben im Falle einer fingirten Mahnung gleichfalls bedürfe. Der erste Grund beweist deshalb nichts, weil die Mora ex re zu Gunsten Minderjähriger nicht eine wahre Mora, sondern ein Privilegium ist. Die L. 32. §. 1. D. 22. 1. läßt sich aber auch ohne die Annahme Madai's, welche mit den allgemeinen Grundsätzen in Widerspruch steht, erklären. Das Nähere siehe in einer späteren Anmerkung.

Verzögerung in dem Willen des Gläubigers beruht und also eine Rechtsverletzung zu sein aufhört. Daß für die Vergangenheit die Folgen der Mora nicht aufgehoben werden, wenn der Gläubiger eine weitere Frist bewilligt, nimmt Mommsen[469]) an, insofern nicht aus den Umständen hervorgehe, daß durch die Bewilligung der Frist der Gläubiger auf alle Vortheile verzichte, welche die rechtzeitige Erfüllung für ihn gehabt hätte. Man kann dieser Meinung nicht beitreten. Denn wenn nach Eintritt der Mora des Schuldners der Gläubiger demselben eine weitere Frist zur Erfüllung der Obligation bewilligt, so läßt sich dieser Fristgestattung nur die Bedeutung beilegen, daß der Gläubiger überhaupt den Eintritt der Mora erst mit der Nichterfüllung der Obligation nach Ablauf dieser Frist geschehen lassen wolle. Es würde mit einander in Widerspruch stehen, wenn der Gläubiger dem säumigen Schuldner eine weitere Frist zur Erfüllung der Obligation gestatten und doch die Folgen der früheren Mora geltend machen wollte; ja es würde selbst ein bei der Fristbewilligung von Seiten des Gläubigers gemachter Vorbehalt der Geltendmachung der in der Vergangenheit liegenden Folgen der Mora für wirkungslos unseres Erachtens gehalten werden müssen, indem darin eine protestatio facto contraria erblickt werden müßte. Ebenso scheinen die römischen Juristen im allgemeinen einen stillschweigenden Verzicht angenommen zu haben, wenn nach erfolgter Mahnung der Schuldner sich zur Einlassung auf einen Rechtsstreit bereit erklärt und der Gläubiger sich bei dieser Erklärung längere Zeit beruhigt, ohne die Klage zu erheben[470]). b) Oblation der schuldigen Leistung von Seiten des Schuldners. Die Beendigung der Mora des Schuldners durch Oblation wird in mehreren Stellen anerkannt[471]) und vorzugs-

469) Mommsen, Mora S. 321.

470) Vgl. L. 47. D. 22. 1.: Paratum iudicium accipere, si ab adversario cessatum est, moram facere non videri (Scaevola). L. 32. §. 1. D. eod.: — — cum etiam, si ipsi, inquit, domino denunciatum est, ceterum postea, cum is sui potestatem faceret, omissa esset repetendi debiti instantia, non protinus per debitorem mora facta intelligitur (Marcianus). Diese Stellen lassen sich nicht wohl anders verstehen, als es oben geschehen ist, da sonst die Berufung auf die cessatio und die omissa debiti repetendi instantia keinen Sinn haben würde. Uebrigens kann aus den angeführten Stellen nichts weiter gefolgert werden, als daß im Zweifel in den fraglichen Fällen ein Verzicht angenommen wird. Ein Verzicht kann also nicht angenommen werden, wenn die Verzögerung der Anstellung der Klage von Seiten des Gläubigers erweislich in einem anderen Umstande, z. B. Krankheit, ihren Grund gehabt hat. Uebrigens ist die gedachte Präsumtion bei der durch Delict begründeten Mora völlig ausgeschlossen. Vgl. L. 20. D. 13. 1. L. 19. D. 43. 16. — Wie in dem oben erwähnten Falle, wird unter Umständen auch dann ein Verzicht anzunehmen sein, wenn der Gläubiger später wiederholt mit dem Schuldner über die Schuld gesprochen hat, ohne der erfolgten Mahnung zu gedenken oder irgend anzudeuten, daß er die baldige Erfüllung der Obligation erwarte u. s. w.

471) L. 72. §. 2. L. 91. §. 3. D. 45. 1. L. 17. D. 18. 6. L. 26. D. 24. 3. L. 72. §. 1. fin. D. 46. 3. — L. 8. pr. D. 13. 1. L. 72. §. 3. D. 46. 3. L. 2. C. IV. 8. Die letzten Stellen ergeben, daß auf diese Art auch die durch Delict begründete Mora beendigt wird, daß also die in L. 20. D. 13. 1. und L. 19.

weise als purgatio oder emendatio morae in den Quellen bezeichnet. Die Gründe für diese Anerkennung sind folgende. Da die Mora die verschuldete Verzögerung der Erfüllung ist, so müssen consequenter Weise auch die Folgen derselben aufhören, sobald es klar ist, daß die Verzögerung der Erfüllung nicht mehr auf dem Verhalten des Schuldners beruht. Dies ist aber dann der Fall, sobald der Schuldner dem Gläubiger die Leistung offerirt. Erfolgt jetzt die Erfüllung der Obligation nicht, so liegt am Tage, daß die fernere Verzögerung dem Schuldner nicht zur Last fällt. Hiernach bedarf es zur Beendigung der Mora nur der Oblation. Es wird nicht erfordert, daß der Gläubiger seinerseits durch die Oblation in Verzug versetzt sei; es kommt nicht darauf an, daß die fernere Verzögerung dem Gläubiger zuzurechnen ist, sondern nur darauf, daß sie nicht dem Schuldner zur Last fällt [472]). Dagegen muß die Oblation, damit durch dieselbe offenbar werde, daß die fernere Verzögerung nicht am Schuldner liege, alle die Erfordernisse haben, welche nach dem früher Bemerkten nöthig sind, um unter Hinzutreten des früher erwähnten subjectiven Momentes eine Mora des Gläubigers begründen zu können. Die Oblation des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation allein genügt daher nur dann zur Beendigung der Mora des Schuldners, wenn die Mora noch keine nachtheiligen Folgen gehabt hat. In den Fällen, in welchen durch die Mora die Verpflichtung des Schuldners bereits erweitert worden ist, z. B. durch Früchte, Zinsen oder das Hinzutreten eines sonstigen Interesse, muß sich die Oblation auch darauf erstrecken, damit die Folgen der Mora beseitigt werden. Kann der ursprüngliche Gegenstand der Obligation nicht mehr geleistet werden, so muß der Schuldner das Interesse offeriren, wie er es infolge seiner Mora zu leisten schuldig ist. In manchen Fällen kann hier übrigens von fortgehenden Folgen der Mora nicht die Rede sein, nämlich dann, wenn der Gegenstand der Obligation auch im Falle einer rechtzeitigen Leistung untergegangen wäre, und nur wegen des unterbliebenen möglichen Verkaufes desselben noch Entschädigung geleistet werden muß. Aber auch wenn die Leistung des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation noch möglich ist, ist unter Umständen die Oblation desselben, sei es allein oder mit den Früchten, zur Beendigung der Mora nicht hinreichend. Dies gilt insbesondre dann, wenn der Zweck, welchen der Gläubiger durch die Obligation erreichen wollte, durch die Verzögerung der Leistung ganz oder im wesentlichen vereitelt ist. Der Gläubiger braucht sich solchenfalls mit der Oblation des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation nicht zu begnügen; er kann vielmehr fordern, daß

D. 43. 16. gebrauchten Ausdrücke nicht auf eine wahre Mora des Gläubigers zu beziehen sind.

472) Die meisten der in der vorigen Note angeführten Stellen erwähnen nur die Oblation; in der Regel wird aber freilich in dem gedachten Falle zugleich mit Beendigung der Mora des Schuldners zugleich eine Mora des Gläubigers eintreten. Hieraus erklärt sich z. B. L. 17. D. 18. 6.

ihm das Interesse geleistet werde. Insofern es sich für den Schuldner darum handelt, bei gegenseitigen Obligationen durch Purgation der Mora die Geltendmachung des Rechtes auf die Gegenleistung zu ermöglichen, muß übrigens auf dasjenige verwiesen werden, was früher in diesem Artikel über das Recht des Gläubigers, vom Vertrage zurückzutreten, bemerkt worden ist, indem es in manchen Fällen dem Gläubiger freisteht, die nach dem Beginn der Mora offerirte Leistung des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation oder eines Aequivalents desselben zurückzuweisen und so dem Schuldner den Erwerb des Rechtes auf die Gegenleistung unmöglich zu machen. Macht der Gläubiger von dem letzteren Rechte Gebrauch, so kann selbstverständlich auch von weiteren Folgen der Mora des Schuldners nicht die Rede sein. Das Angeführte ergiebt, inwieweit die Zulässigkeit der Purgation der Mora auf den Fall sich beschränken lasse, wenn noch res integra ist. Das gedachte Erforderniß hat, abgesehen von den zuletzt erwähnten Fällen, nur insofern Bedeutung, als in Frage steht, ob durch Oblation des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation oder durch Oblation dieses Gegenstandes allein die Mora purgirt werden kann. Diese, nach den Umständen des concreten Falles zu entscheidende Frage hat Paulus wohl vor Augen, wenn er in L. 91. §. 3. D. 45. 1. sagt: eum, qui moram fecit in solvendo Sticho, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris perniciose erratur[473]). Die Wirkungen der purgatio morae ergeben sich von selbst. Sie ist auf die bereits eingetretenen Folgen der Mora ohne Einfluß; zur Beendigung der Mora bedarf es der Oblation alles dessen, was der Schuldner infolge der Mora leisten muß[474]). Dagegen kann für die Zukunft von weiteren Folgen der Mora nicht die Rede sein. Die strenge Haftung für den Gegenstand

---

473) Frühere Schriftsteller haben aus der L. 91. §. 3. D. cit. gefolgert, daß die Purgation der Mora nach strengem Rechte unzulässig und nur durch die aequitas eingeführt sei. Sie haben sich zu dieser Annahme besonders dadurch bewegen lassen, daß die angeführten Worte die Antwort enthalten auf die aufgeworfene Frage: Si vero moratus sit tantum (promissor), haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Paulus hat aber in diesen Worten es wohl nicht als zweifelhaft hinstellen wollen, ob überhaupt die Mora purgirt werden könne, sondern nur, ob eine Purgation der Mora auch ohne eine positive Thätigkeit des Schuldners erfolgen könne. Diese Frage wird nun dahin beantwortet, daß es einer Oblation bedürfe, während die ferneren Worte der Stelle auf die oben hervorgehobenen Umstände bezogen werden müssen. Siehe über die angeführte Stelle auch Wolff, Mora S. 499 flg.

474) Früher hob man besonders hervor, daß die spätere Oblation nicht von der einmal verwirkten Conventionalstrafe befreie. Nach L. 23. pr. D. 4. 8. ist der Satz selbst richtig. (Nur ausnahmsweise fällt die Conventionalstrafe weg, wenn der geschuldete Gegenstand kurze Zeit nach Verwirkung der Strafe offerirt wird (s. L. 8. D. 2. 11. L. 135. §. 2. D. 45. 1.). Die Verwirkung der Conventionalstrafe und sonstiger vertragsmäßiger Nachtheile ist aber nach dem früher Bemerkten nicht als eine Folge der Mora zu betrachten.

der Obligation hört auf[475]). Ebenso hat der Schuldner von diesem Zeitpunkte an keine Verpflichtung zur Leistung des Gebrauchsinteresse; er haftet für die Zukunft nur so, wie er nach dem Inhalte der Obligation gehaftet haben würde, wenn er sich nie eine Mora hätte zu Schulden kommen lassen[476]). Bisher ist von den nothwendigen Folgen der Mora die Rede gewesen. Weitere Folgen können eintreten, entweder infolge einer Deposition oder wenn der Gläubiger durch die Oblation jetzt seinerseits in Verzug kommt. Ueber die alsdann eintretenden Folgen ist unter II. B. gehandelt worden. Noch ist einer besonders in früherer Zeit sehr verbreiteten irrigen Ansicht über das Wesen der Purgation der Mora zu gedenken, welche auch noch auf die Darstellung der Lehre in neueren Schriften nicht ohne Einfluß gewesen ist. Man betrachtete nämlich die Purgation der Mora als ein beneficium des Schuldners und nahm, von diesem Gesichtspunkte ausgehend, mehrere Beschränkungen der Mora an, welche sämmtlich unbegründet sind. So soll das Recht des Schuldners auf die Purgation der Mora namentlich durch einen Verzicht ausgeschlossen werden können; ferner wird die Unlässigkeit der Purgation behauptet nach der Litiscontestation, bei eidlichen Versprechen, endlich bei betagten Forderungen, wenn sie nicht kurze Zeit nach Ablauf der Erfüllungszeit erfolgt. Einige bezweifelten sogar das Recht der Juden auf Purgation der Mora[477]). Alle diese Beschränkungen beruhen mehr oder weniger auf der Auffassung der Purgation als eines Vorrechtes des Schuldners; am entschiedensten tritt diese Auffassung hervor in der Ausschließung der Purgation durch Verzicht. Viele ältere Juristen, denen auch Madai beigetreten ist[478]), halten den Verzicht auf das Recht der Purgation der Mora für wirksam, wenn er speciell ausgesprochen ist; die Purgation der Mora soll aber durch einen allgemeinen Verzicht des Schuldners auf seine Vorrechte und Wohlthaten nicht ausgeschlossen sein. Es hätte aber niemals bezweifelt werden sollen, daß ein Verzicht auf die Purgation der Mora ein Unding ist. Wie die Erfüllung der Obligation, so ist auch die zu diesem Behufe vorzunehmende Oblation kein Vorrecht, sondern eine Verpflichtung des Schuldners. Auf eine Verpflichtung kann aber der Verpflichtete nicht verzichten. Die Sache läßt sich auch nicht so ansehen, als ob der Gläubiger durch den Verzicht das Recht erhielte, durch Verweigerung der

475) L. 26. D. 24. 3. L. 72. §. 1. D. 46. 3. L. 2. C. IV. 8.

476) Hiernach fällt namentlich die Verbindlichkeit zur Zahlung von Verzugszinsen, sowie die zur Leistung von Früchten, soweit sie nicht durch die Obligation selbst begründet ist, von dem Augenblicke der Oblation an weg: dagegen tritt in der Verbindlichkeit zur Zahlung von Conventionalzinsen durch die Purgation der Mora keine Veränderung ein. Eine Ausnahme von der Regel, daß durch die Purgation die Verbindlichkeit zur Zahlung von Verzugszinsen in Wegfall kommt, tritt nach dem früher Bemerkten hinsichtlich des Vormundes ein, indem es hier außer der Oblation noch der Deposition bedarf.

477) Ausführlich handelt über diese Beschränkungen Madai, Mora S. 492—498, welcher sie theils annimmt, theils verwirft.

478) Madai a. a. O. S. 497 flg., welcher auch ältere Schriftsteller anführt.

Annahme, auch wenn der Schuldner offeriren würde, die Fortdauer der Mora zu bewirken. Ein solcher Vertrag ist nämlich, als den guten Sitten zuwiderlaufend, als ungiltig zu betrachten. Ebenso unrichtig ist die Behauptung, daß die Purgation der Mora nur bis zur Litiscontestation zulässig sei. Zur Rechtfertigung dieser Beschränkung beruft sich Madai darauf, daß die Litiscontestation die frühere Forderung novire und an die Stelle der ursprünglichen Obligation jetzt eine Obligation trete auf omne id, quod officio iudicis debetur. Deshalb könne die Oblation des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation nicht mehr genügen, weil darin nicht eine Oblation alles dessen enthalten sei, was der Gläubiger fordern könne. Allein, wenn diese Auffassung richtig wäre, so würde, wie Mommsen bemerkt, eine Purgation der Mora niemals zulässig sein, weil die Mora ebensowohl wie die Litiscontestation ja in noch größerem Umfange dem Gläubiger einen Anspruch auf Zinsen, Früchte u. s. w. gewährt. Aus dem angeführten Argumente folgt aber nichts weiter, als daß in vielen Fällen zur Purgirung der Mora es nicht genügt, daß nur der ursprüngliche Gegenstand der Obligation offerirt werde. In der That ist auch anzunehmen, daß, so wie nach der Litiscontestation die Obligation durch Erfüllung getilgt werden kann, ebensowohl auch nach der Litiscontestation wirksam offerirt und dadurch die Mora purgirt werden kann. Die Stellen, welche Madai für seine Ansicht anführt, können dieselbe nicht beweisen. In der L. 84. D. 45. 1. wird nur gesagt, daß der Schuldner bei der stipulatio faciendi nach der Litiscontestation sich durch Vornahme der ursprünglich geschuldeten Leistung nicht mehr befreien könne. Diese Stelle, welche sich auf die Purgation der Mora direct nicht bezieht, enthält aber nur eine Anwendung des Grundsatzes, daß bei den Condictionen die Verurtheilung sich streng nach den Verhältnissen zur Zeit der Litiscontestation richten müsse, ohne Berücksichtigung der später eintretenden Umstände. Ueberdies war gerade die hier fragliche Anwendung schon unter den älteren römischen Juristen bestritten und ist im Justinianeischen Rechte ganz aufgegeben[479]). Die dessenungeachtet erfolgte Aufnahme der L. 84. cit. in die Digesten beruht wohl nur auf einem Versehen der Compilatoren; für das heutige Recht ist sie selbstverständlich ohne Bedeutung[480]). — Ferner sind die Worte der L. 17. D. 13. 5.: ut factum actoris (d. h. die Verweigerung der Annahme) usque ad tempus iudicii ipsi noceat nicht so zu verstehen, als ob der Gläubiger sich nur bis zur Zeit der Litiscontestation die Purgation der Mora gefallen zu lassen brauchte; denn es handelt sich in dieser Stelle lediglich darum, inwiefern der Schuldner durch eine Oblation dem Gläubiger das Recht zur Erhebung der actio de pecunia constituta entziehen kann; und eben deswegen kann selbstverständlich nur von einer Oblation ante tempus iudicii die Rede sein. Nicht weniger unbegründet sind die weiter angenommenen Beschrän-

479) Vgl. §. 2. Inst. IV. 12.

480) S. Wächter, Erörterungen Heft 3, S. 26, 40 flg.

kungen der Purgation der Mora. Bei eidlichen Versprechen wurde die Beschränkung auf verschiedene Gründe gestützt, nämlich darauf, daß der Eid die Wirkung der Litiscontestation hatte, nach dieser aber die purgatio morae unzulässig sei, theils darauf, daß die Purgation sich auf Billigkeit gründe, der Meineidige aber den Schutz der Billigkeit nicht verdiene, theils darauf, daß sonst der Eid ohne besondere Folgen bleiben würde, theils endlich darauf, daß der Eid die Wirkung eines Verzichtes habe. Die Unhaltbarkeit aller dieser Gründe leuchtet von selbst ein. Die bei betagten Obligationen angenommene Beschränkung beruht blos auf einem Mißverständniß einiger Stellen des römischen Rechtes [481]).

2) Beendigung der Mora des Schuldners durch Aufhebung der Obligation. Durch die Aufhebung der Obligation wird immer zugleich die Mora beendigt; von einer rechtswidrigen Verzögerung der Leistung kann nicht die Rede sein, wenn eine Verpflichtung zur Leistung nicht mehr vorhanden ist. Mit Aufhebung der Obligation fallen regelmäßig auch die bereits verwirkten Nachtheile der Mora weg, weil der Gläubiger kein selbstständiges Rechtsmittel mehr hat, um die durch die Mora des Schuldners begründeten Ansprüche geltend zu machen. Von einigen Aufhebungsgründen der Obligation ist bereits unter II. A. nr. 3. 4. die Rede gewesen; von den anderen bedürfen mehrere keiner weiteren Ausführung [482]). Es sind nur die Erfüllung, die No=

481) Thibaut, Pandekten §. 104 beruft sich namentlich auf L. 23. pr. D. 4. 8. und L. 135. §. 2. D. 45. 1. In beiden Stellen ist aber nur von der Verwirkung der Conventionalstrafe die Rede. Nach der zweiten Stelle kann der Schuldner die Verwirkung der Conventionalstrafe nur dann rückgängig machen, wenn er kurz nachher den geschuldeten Gegenstand offerirt, sofern der Gläubiger durch die Verzögerung noch keinen Schaden erlitten hat. Diese Bestimmung hat aber mit der Lehre von der Purgation der Mora nichts zu thun. Vgl. Note 474. In der ersten Stelle ist nur ausgesprochen, daß die spätere Oblation die Verwirkung der Conventionalstrafe nicht aufhebe, daß aber die später erfolgte Annahme der offerirten Leistung als Verzicht auf die Conventionalstrafe betrachtet werde. Die von Thibaut aufgestellte Meinung kommt schon bei älteren Schriftstellern vor; häufiger findet sich aber bei diesen eine andere Regel, daß da, wo ein dies und eine poena beigefügt seien, jede Purgation der Mora unzulässig sei; dabei faßte man die Verwirkung der Conventionalstrafe ebenfalls als eine Folge der Mora auf.

482) Dies gilt besonders von der Confusion und dem Erlasse. In der Natur der Sache liegt es, daß der Erlaß die Mora beendigt. Ueber die Vereinigung der L. 54. D. 2. 14. mit dieser Ansicht herrschen Zweifel, indem es dort heißt: Si pactus sim, ne Stichum, qui mihi debebatur, petam, non intelligitur mora mihi fieri, mortuoque Sticho puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat. Mommsen, Mora §. 35, N. 1, S. 329 flg. bezieht die Stelle nicht auf einen völligen Schulderlaß, sondern auf eine Fristverstattung, und zwar habe der Jurist durch die Beifügung der Worte: qui ante pactum moram non fecerat, wohl andeuten wollen, daß der Schuldner, wenn er vorher einer Mora sich schuldig gemacht hatte, unter Umständen verpflichtet bleibe, nämlich dann, wenn der Tod des Sclaven in der Zwischenzeit zwischen dem Beginn der Mora und der erfolgten Fristgestattung eingetreten war. — Was die Compensation betrifft, so hat die Berufung darauf zur Folge, daß die Mora mit ihren Nachtheilen nicht erst mit dem Zeitpunkte der Geltendmachung der Compensation,

vation, die Litiscontestation und das Urtheil hervorzuheben. a) Erfüllung. Erfüllt der Schuldner die Obligation nicht nur ihrem ursprünglichen Inhalte nach, sondern leistet zugleich Alles, was er vermöge seiner Mora schuldet, so wird selbstverständlich die Obligation völlig aufgehoben und auch die Mora beendigt. Dasselbe muß auch dann angenommen werden, wenn der Schuldner den ursprünglichen Gegenstand der Obligation allein offerirt und der Gläubiger diesen ohne Vorbehalt annimmt, indem in einer solchen Annahme ein Verzicht auf die Geltendmachung der Folgen der Mora liegt. Behält sich der Gläubiger bei der Annahme die Geltendmachung der Folgen der Mora vor, so kann er, wo es thunlich ist, die Zahlung sich zuerst auf das anrechnen, was er aus der Mora zu fordern hat, also bei Geldschulden auf die Verzugszinsen; den alsdann verbleibenden Schuldrest kann der Gläubiger einklagen sowie in Bezug auf diesen Rest auch eine Fortdauer der Mora anzunehmen ist. Ist eine solche Abrechnung auf das wegen der Mora Geschuldete nicht thunlich, so kann der bloße Vorbehalt dem Gläubiger kein Klagrecht zur Geltendmachung der bereits eingetretenen Wirkungen der Mora gewähren; die Annahme eines Verzichtes ist aber in diesem Falle wegen des Vorbehaltes unzulässig und es wird deshalb die Fortdauer einer Naturalobligation anzunehmen sein. Zur Erhaltung des Klagrechtes in dem fraglichen Falle ungeachtet der Annahme des Gegenstandes der Obligation bedarf es eines darauf gerichteten Vertrages, welcher aber schon dann angenommen werden muß, wenn der Schuldner sich mit dem Vorbehalte einverstanden erklärt, ihm wenigstens nicht widerspricht. Selbstverständlich kann in diesem Falle von ferneren Folgen der Mora nicht die Rede sein [483]). b) Novation. Durch die Novation wird die frühere Obligation vollständig aufgehoben und daher nothwendig zugleich die Mora beendigt, so daß für die Zukunft keine Wirkungen derselben mehr eintreten können [484]). Infolge der völligen Aufhebung der früheren Obligation ist sogar der Wegfall der bereits eingetretenen Folgen der Mora anzunehmen, sofern nicht bei der Bestimmung des Gegenstandes der neuen Obligation auf dieselben Rücksicht genommen ist [485]). Die Novation hat die erwähnten Wirkungen

---

sondern schon mit dem Zeitpunkte aufhört, wo der Schuldner durch das Eintreten der Voraussetzungen der Compensation das Recht auf dieselbe erworben hat. Dies ergiebt sich aus den in L. 10. §. 1. L. 11. D. 16. 2. L. 4. C. IV. 31. und L. 7. C. de solut. (VIII. 42. (43.)) aufgestellten Grundsätzen. Vgl. Dernburg, Compensation Abth. II, §. 51.

483) Vgl. Wolff, Mora S. 505 flg. Mommsen, Mora S. 330 flg.

484) Vgl. L. 8. pr. D. 46. 2., wo die auf diese Art eintretende Beendigung der Mora als eine quasi purgatio bezeichnet wird. Auch die durch Delict begründete Mora wird durch Novation beendigt. L. 17. D. 13. 1.

485) Eine solche Berücksichtigung der schon eingetretenen Folgen der Mora ist vorhanden, wenn die neue Obligation nicht schlechthin blos auf den ursprünglichen Gegenstand der früheren Obligation, z. B. die geschuldete Sache, sondern allgemein auf das gerichtet ist, was der Schuldner aus der früheren Obligation zu leisten hatte, z. B. quod ex causa condictionis (furtivae) dare facere oportet.

nicht blos dann, wenn der Schuldner selbst bei der Novation mitwirkt, sondern auch, wenn der Gläubiger die Novation mit einem Dritten vornimmt, weil auch in diesem Falle die Novation die ursprüngliche Obligation aufhebt[486]). Die Sache gestaltet sich sehr einfach, wenn durch den neuen Vertrag die frühere Obligation unmittelbar aufgehoben wird, so daß es in dieser Beziehung keiner weiteren Erörterungen bedarf. Schwierig ist dagegen die Bestimmung der Wirkungen, welche der bedingten Novation beizulegen sind. Tritt die Bedingung ein, so ist es allerdings unzweifelhaft, daß die Novation nunmehr nach allen Seiten hin wirksam ist. Ebenso muß umgekehrt angenommen werden, daß, wenn die Bedingung demnächst vereitelt wird, die Klage aus der alten Obligation angestellt und damit die bis zur Eingehung der bedingten Novation verwirkten Folgen der Mora geltend gemacht werden können. Es fragt sich aber, ob die Wirkungen der Mora für die Zeit von der Eingehung der bedingten Novation bis zur Entscheidung über die Bedingung fortgehen. Hier liegt folgende, von Mommsen aufgestellte, Auffassung nahe. Der Gläubiger, welcher sich zur Eingehung einer bedingten Novation versteht, giebt dadurch freilich die Klage aus der Obligation nur für den Fall auf, daß die Bedingung eintritt; die Novation kann also, wenn die Bedingung vereitelt wird, keinen Einfluß auf die Mora äußern. Die bedingte Novation hat aber noch eine andere Bedeutung. Der Gläubiger verzichtet nämlich durch Eingehung der bedingten Novation auf sein Recht, die Erfüllung der alten Obligation zu fordern, bis es sich entscheidet, ob die Bedingung vereitelt wird. In der Eingehung der bedingten Novation liegt also eine stillschweigende Fristbewilligung, welche zwar nicht auf die früher eingetretenen Folgen der Mora Einfluß haben kann, aber für die angegebene Frist jeden Vorwurf der schuldvollen Verzögerung von dem Schuldner abwendet. Daraus folgt aber, daß für die in Frage stehende Zeit die Folgen der Mora wegfallen müssen. Geht also der Gegenstand der Obligation in der Zwischenzeit ohne eine nach dem Inhalte dieser Obligation vom Schuldner zu vertretende Verschuldung unter, so wird nach der gedachten Auffassung die alte Obligation dadurch aufgehoben; zugleich kann aber in diesem Falle auch die neue Obligation nicht entstehen, weil das Zu-

---

Es ist im letzteren Falle zur Bestimmung des Gegenstandes der neuen Obligation zu untersuchen, was der Schuldner zur Zeit der Novation aus der früheren Obligation schuldete, und dazu gehört auch das, was er infolge seiner Mora zu leisten hatte. Mit Recht erklärt sich Mommsen, Mora §. 35, N. 4 gegen die Ansicht von Liebe, Stipulation S. 286 flg., welcher annimmt, daß in dem gedachten Falle eine Beendigung der Mora überhaupt nicht eintritt; es muß auch hier die strengere Haftung des Schuldners, wie sie eine Folge der Mora war, durch die Novation für die Zukunft aufhören und es bedarf, um dieselbe von neuem herbeizuführen, der Begründung einer Mora in Ansehung der neuen Obligation. In diesem Sinne ist wohl auch der Schluß der L. 29. §. 1. D. 45. 1. zu verstehen. Siehe auch L. 72. §. 3. D. 46. 3.

486) L. 72. §. 2. D. 46. 3.

standekommen der Novation eine bestehende Obligation voraussetzt [487]). Hiernach ist anzunehmen, daß die bedingte Novation immer eine Purgation der Mora zur Folge hat. Die römischen Juristen hatten jedoch in dieser Beziehung verschiedene Ansichten. Venulejus und Julianus nahmen an, daß die Mora durch die Eingehung einer bedingten Novation nicht beendigt wird, daß also der Schuldner namentlich auch für den späteren Untergang der geschuldeten Sache ganz so haftet, wie es die Mora mit sich bringt. Beide Juristen stimmen darin überein, daß sie die in der Eingehung der bedingten Novation liegende Friststattung nicht berücksichtigen. Dagegen scheinen sie in einem anderen Punkte von einander abzuweichen. Venulejus hat nämlich die Ansicht, daß der inzwischen erfolgte Untergang der geschuldeten Sache für den Fall der Erfüllung der Bedingung das Zustandekommen der Novation nicht hindert, weil der säumige Schuldner durch diesen Untergang nicht befreit wird, mithin es nicht an einer Obligation fehlt, auf welche die Novation sich beziehen kann [488]). Dagegen scheint Julianus anzunehmen, daß der inzwischen erfolgte Untergang des aus der alten Obligation geschuldeten Gegenstandes das Zustandekommen der Novation hindert, indem er dem Gläubiger jetzt das Recht verstattet, sofort aus der alten Obligation gegen den Schuldner zu klagen [489]). Man braucht jedoch einen Widerspruch zwischen den Ansichten beider Juristen nicht anzunehmen, indem der Ausspruch des Venulejus auf eine zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner, der Ausspruch des Julianus auf eine mit einem Dritten eingegangene bedingte Novation sich bezieht. Bejahte man auch für den ersten Fall das Zustandekommen der Novation ungeachtet des inzwischen erfolgten Unterganges des geschuldeten Gegenstandes, so konnte es doch für den zweiten Fall verneint werden, indem man die Auffassung, daß der Untergang des Gegenstandes nicht zu berücksichtigen sei, nur in Bezug auf den Schuldner, welchem eine Mora zur Last fiel, nicht aber in Bezug auf den Dritten, welchem keine Verschuldung zuzurechnen war, gelten ließ. Die späteren römischen Juristen haben die eben dargestellte Ansicht aufgegeben. Marcellus und Ulpian nahmen an, daß der inzwischen erfolgte Untergang des geschuldeten Gegenstandes auch dann, wenn der Schuldner vorher im Verzuge war, das Zustandekommen der unter einer Bedingung abgeschlossenen neuen Obligation verhindert und daß in diesem Falle auch die Klage aus der alten Obligation (wenigstens unter Umständen) ausgeschlossen ist. Ulpian sagt nur, daß nach der Ansicht des Marcellus durch die Eingehung der bedingten Novation die Mora purgirt werde [490]). Einen Grund für diese Ansicht giebt er nicht an; dagegen haben wir

---

487) S. Wolff, Mora S. 509 flg. Mommsen, Mora §. 35, S. 332 flg.
488) L. 31. pr. D. 46. 2. von Venulejus.
489) L. 56. §. 8. D. 45. 1. von Julianus.
490) L. 14. pr. D. 46. 2. von Ulpian.

von Marcellus selbst eine ausführlichere Stelle[491]). Dieser Stelle zufolge scheint aber Marcellus die Beendigung der Mora nicht als Folge der in der Eingehung der bedingten Novation liegenden Fristgestattung angesehen zu haben; er erklärt dieselbe vielmehr auf andere künstlichere Weise. Er betrachtet nämlich die Bereitwilligkeit des Schuldners zur Eingehung einer neuen Obligation als eine Oblation und kann deshalb eine Beendigung der Mora durch die Eingehung der bedingten Novation nur dann zugeben, wenn zugleich eine Bereitschaft zur Erfüllung vorhanden war. Er behauptet demnach, daß die Mora des Diebes, welcher zur Realoblation verpflichtet ist, durch die bedingte Novation nicht beendigt wird, insofern nicht der Gegenstand des Diebstahles gegenwärtig, mithin auch die Bereitschaft zur Erfüllung vorhanden war[492]). So hat sich auch Marcellus nicht zu der oben erwähnten, der Natur der Sache entsprechenden Auffassung der bedingten Novation aufgeschwungen. Ulpian erwähnt zwar bei Anführung der Ansicht des Marcellus nicht die von diesem gemachte Beschränkung; da er aber auf den Letzteren sich beruft, so bleibt es jedenfalls zweifelhaft, ob er über dessen Auffassung hinausgekommen ist. Bezweifelt kann werden, ob man auch jetzt dabei stehen bleiben muß; doch ist es gewiß der heutzutage zur Anerkennung gelangten freieren Auslegung der Verträge angemessener, der bedingten Novation in der fraglichen Beziehung die Wirkungen einer Fristgestattung beizulegen, also auf die Bereitschaft des Schuldners zur Erfüllung keine Rücksicht zu nehmen[493]). c) Litiscontestation und Urtheil. Der Litiscontestation lassen sich hinsichtlich der Beendigung der Mora nicht die Wirkungen der Novation beilegen, weil dann die Lage des Gläubigers durch die Litiscontestation verschlimmert werden würde, was nicht der Fall sein soll[494]). — Anders verhielt es sich hinsichtlich des Urtheils. Nach dem zur Zeit der Pandektenjuristen geltenden Formularprocesse war die Condemnation regelmäßig auf Geld zu richten. Die meisten Folgen der Mora mußten daher mit dem Urtheile wegfallen. Von Früchten konnte nicht mehr die Rede

---

491) L. 72. §. 1. 3. D. 46. 3. von Marcellus.

492) In dem §. 3 der L. 72. D. 46. 3. ist nicht blos von einer singulären Ausnahme in Ansehung der Mora des Diebes die Rede, wie aus den Worten: vel promissor hervorgeht. Der §. 1. der L. 72 ist daher in Gemäßheit der im §. 3. enthaltenen Ausführungen zu verstehen; auch beruft sich Marcellus am Ende des §. 1. auf die Grundsätze über die Oblation.

493) Diese Ansicht theilen mit Mommsen, Mora S. 336, auch Koch, Recht der Forderungen Bd. 1, §. 35. Puchta, Vorlesungen §. 270. Wolff, Mora S. 511 flg. Sintenis, Civilrecht Bd. 2, §. 93, N. 137. Indessen beruft sich Wolff mit Unrecht für diese Ansicht auf L. 17. D. 13. 1.; denn diese Stelle handelt nicht von einer bedingten, sondern von einer unbedingten Novation. Madai, Mora S. 491 giebt der Ansicht des Venulejus den Vorzug größerer Consequenz.

494) L. 86. D. 50. 17. Eine Anerkennung des Satzes, daß durch die Litiscontestation die Mora nicht beendigt wird, enthält L. 3. pr. D. 22. 1. Siehe auch L. 35. D. 22. 1. und dazu Madai, Mora S. 369 flg.

sein, da die Schuld durch das Urtheil in eine Geldschuld verwandelt wurde; ferner konnte der zufällige Untergang des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation nach dem Urtheile überhaupt nicht mehr in Betracht kommen, weil die Obligation nicht mehr auf diesen Gegenstand gerichtet war [495]). Die einzige Folge der Mora, deren Fortdauer hätte angenommen werden können, wäre die Verbindlichkeit zur Zahlung von Verzugszinsen gewesen. Allein nach dem früher Bemerkten wurde jeder Zinsenlauf während des tempus iudicati sistirt; nach Ablauf dieser Zeit begann die Verbindlichkeit zur Zahlung der Urtheilszinsen. Im heutigen Rechte ist diese letztere Verpflichtung nicht anerkannt; vielmehr wird jetzt der Beklagte verurtheilt, Verzugszinsen bis zur wirklichen Erfüllung der Obligation zu zahlen. Noch weniger sind die übrigen Bestimmungen heutzutage anwendbar, da sie lediglich auf dem jetzt vollständig aufgegebenen Grundsatze des römischen Rechtes beruhen, daß die Condemnation auf Geld zu richten sei. Es ist demnach anzunehmen, daß die Wirkungen der Mora in keiner Weise durch das Urtheil gehemmt werden. Der Schuldner, welchem eine Mora zur Last fällt, hat also auch nach dem Urtheile ebenso wie vorher, für den Untergang des geschuldeten Gegenstandes sowie für Erstattung der Früchte und der etwaigen Accessionen zu haften. Hinsichtlich der letzteren Gegenstände muß aber, da der Gläubiger keine besondere Klage wegen derselben hat, eine ausdrückliche Clausel in das Urtheil aufgenommen werden.

B. Beendigung der Mora des Gläubigers. — Gleichzeitige Mora des Gläubigers und des Schuldners. Die Mora des Gläubigers hört ebensowenig wie die Mora des Schuldners von selbst auf, sollte auch später ein Zustand eintreten, welcher, wenn er schon zur Zeit der Oblation da gewesen wäre, die Entstehung der Mora verhindert haben würde. Es ist also auch hier zur Beendigung der Mora der Eintritt eines bestimmten Aufhebungsgrundes nothwendig. Die Mora des Gläubigers wird immer beendigt, sowie das Recht des Gläubigers aus dem obligatorischen Verhältnisse vollständig aufgehoben ist, z. B. wenn der Schuldner später von neuem die Erfüllung anbietet und nun der Gläubiger die Leistung annimmt, ferner infolge einer Novation, Confusion u. s. w. Außerdem ist aber die Beendigung der Mora des Gläubigers möglich, ohne daß zugleich die Obligation völlig aufgehoben wird. Aufhebungsgründe der letzteren Art sind:

1) Verzicht von Seiten des Schuldners. Hinsichtlich der möglichen Wirkungen eines solchen Verzichtes gilt dasselbe, wie in Ansehung des Verzichtes des Gläubigers bei der Mora des Schuldners.

495) Dagegen scheint L. 14. §. 11. D. 4. 2. zu sprechen, indem nach dieser Stelle, wenn die durch Gewalt erlangte Sache während des tempus iudicati durch Zufall untergegangen ist, das Aequivalent für diese Sache nicht gefordert werden kann, sondern nur das triplum, welches der Zwingende außerdem zu leisten hat. Man kann aber mit Mommsen in dieser Entscheidung nur eine singuläre Ausnahme erblicken, wie dieselbe denn auch durch die Worte motivirt wird: quia tripli poenae propter facinus satisfacere cogitur.

Einen stillschweigenden Verzicht enthält die Vereinbarung über eine spätere Erfüllungszeit sowie die Eingehung einer bedingten Novation.

2) Interpellation von Seiten des Gläubigers. Die Beendigung der Mora des Gläubigers durch Interpellation stützt sich auf dieselben Gründe, wie die Beendigung der Mora des Schuldners durch Oblation. Die Interpellation soll darthun, daß, wenn nun doch die Erfüllung der Obligation unterbleibt, die Verzögerung nicht mehr am Gläubiger liegt. Es ist daher zur Purgation der Mora des Gläubigers auf diese Weise nicht nöthig, daß der Schuldner jetzt durch die Interpellation seinerseits in Verzug versetzt werde; wohl aber muß die Interpellation alle die Erfordernisse haben, welche nöthig sind, um durch sie unter dem Hinzukommen der subjectiven Voraussetzungen eine Mora des Schuldners zu begründen. Insbesondre muß daher der Gläubiger bei der Aufforderung zur Erfüllung der Obligation auch wirklich zur Annahme der Leistung bereit sein und, wenn zur Annahme gewisse Vorbereitungen nothwendig sind, diese getroffen haben. Auch muß der Gläubiger, wenn durch dessen Mora der Schuldner bereits einen Schaden erlitten hat, zugleich den Ersatz des Schadens und, wenn er dessen Betrag infolge einer Verschuldung des Schuldners nicht erfahren konnte, Cautionsleistung wegen desselben anbieten [496]). Ueberdies kann selbstverständlich von einer Purgation der Mora des Gläubigers nicht mehr die Rede sein, wenn der Schuldner sich durch Deposition vollständig befreit hat, wenn der Gegenstand der Obligation später untergegangen oder vom Schuldner preisgegeben ist [497]) oder endlich wenn der dem Schuldner durch die Mora des Gläubigers zugefügte Nachtheil nur dadurch aufgehoben werden kann, daß eine völlige Befreiung des Schuldners angenommen wird und dem Letzteren aus diesem Grunde eine exceptio doli zusteht (siehe oben II. B. 2.). Auf diese Umstände wird von Pomponius in L. 17. D. 18. 6. durch die Worte: cum omnia in integro essent hingewiesen. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß jede, auch die geringste unterdessen eingetretene Veränderung der Sachlage die Purgation der Mora ausschließe. Insofern die Veränderung nicht eine völlige Aufhebung der früheren Obligation herbeiführt, kann sie nur die Wirkung haben, daß der Gläubiger durch die Interpellation allein seine Mora nicht purgiren kann, sondern sich zugleich zum Ersatze des dem Schuldner zugefügten

496) Kann sich der Schuldner durch einen Abzug wegen seiner Gegenforderung bezahlt machen, so genügt die ausdrückliche Gestattung des Abzuges von Seiten des Gläubigers bei der Interpellation.

497) Dies gilt auch, wenn der Gegenstand der Obligation durch einen Dolus des Schuldners untergegangen oder unbefugter Weise von ihm preisgegeben worden ist. Die ursprüngliche Obligation, hinsichtlich welcher dem Gläubiger eine Mora zur Last fiel, ist auch in diesem Falle aufgehoben, so daß von einer Beendigung der Mora in Bezug auf dieselbe nicht mehr die Rede sein kann. Wohl aber entsteht durch die dolose Handlung des Schuldners in diesem Falle eine neue, direct auf Schadenersatz gerichtete Obligation.

Schadens erbieten muß. Die Wirkungen der hier in Frage stehenden Beendigungsart der Mora beziehen sich immer auf die Zukunft; die bereits eingetretenen Folgen der Mora des Gläubigers werden durch dieselbe nicht aufgehoben. — Noch ist zu untersuchen, ob eine gleichzeitige Mora des Schuldners und des Gläubigers vorkommen kann. Die für diese Frage in Betracht kommenden Stellen sind L. 51. pr. D. 19. 1. und L. 17. D. 18. 6., erstere von Labeo, letztere von Pomponius. Die erste Stelle ist häufig auf eine gleichzeitige Mora des Gläubigers und des Schuldners bezogen worden. Eine gleichzeitige Mora beider Theile nahm man in dem Falle an, wenn die Obligation zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte erfüllt werden soll und keiner beider Theile zu der bestimmten Zeit dort sich einfindet. Ueber die Entscheidung dieses Falles giebt es zwei verschiedene Ansichten. Nach der einen, welche sich auf L. 51. pr. cit. stützt, ist, wenn beide Theile sich im Verzuge befinden, nur die Mora des Gläubigers wirksam; nach der anderen Ansicht compensiren die gleichzeitige Mora des Gläubigers und des Schuldners sich gegenseitig [498]. Bereits früher (siehe II. B. 3.) ist bemerkt worden, daß in dem erwähnten Falle eine Mora des Gläubigers nicht von selbst entsteht, daß vielmehr, um in diesem Falle eine Mora des Gläubigers zu begründen, diejenigen Erfordernisse vorhanden sein müssen, welche nöthig sind, um einen abwesenden Gläubiger ohne Oblation in Verzug zu versetzen. Wenn man dies annimmt, so kann in dem fraglichen Falle eine Mora des Gläubigers nicht entstehen, wenn auch der Schuldner am Erfüllungsorte sich nicht eingefunden hat. Die Behauptung, daß in dem erwähnten Falle eine gleichzeitige Mora beider Theile entstehe, muß mit Mommsen als unrichtig bezeichnet werden. Ja man muß sogar weiter gehen und eine gleichzeitige Mora des Gläubigers und des Schuldners geradezu für einen Widerspruch erklären. Die Mora des Schuldners setzt voraus, daß die Verzögerung allein am Schuldner liegt; ebenso setzt die Mora des Gläubigers voraus, daß die Verzögerung allein in dem Gläubiger ihren Grund hat. Eine Mora des Gläubigers, wie des Schuldners ist demnach nothwendig ausgeschlossen, wenn die Verzögerung der Erfüllung nicht allein an dem einen Theile, sondern zugleich auch an dem anderen liegt. Es könnte nur die Frage entstehen, ob nicht der Ausspruch des Labeo in L. 51. pr. D. 19. 1. die Annahme einer anderen Ansicht nöthig macht. Zur Beseitigung dieser Stelle ist gesagt worden, der Jurist habe in der gedachten Stelle nur die Frage entscheiden wollen, ob dem Schuldner

498) Die erste Ansicht hat namentlich Fritz in einer besonderen Abhandlung im Archiv f. civil. Praxis Bd. X, S. 155 flg. vertheidigt; die letztere Ansicht haben Wehrn, doctrina iuris expl. principior. et causar. damni praestandi p. 330 sq., Glück, Erl. der Pand. Bd. 4, S. 424 flg. u. A. Ersterer will jedoch, wenn dem einen Theile eine dolose, dem anderen eine culpose Verzögerung zur Last fällt, nur die Mora des ersteren berücksichtigt wissen, was nach dem oben über das Wesen der Mora Bemerkten unrichtig ist.

eine Mora zur Last gelegt werden könne, wenn der Gläubiger zugleich die Verzögerung veranlaßt habe; diese Frage habe der Jurist verneint, sich aber darüber nicht ausgesprochen, ob in diesem Falle eine Mora des Gläubigers anzunehmen sei[499]). Die Worte der Stelle („perinde esse, quasi per emtorem solum stetisset") unterstützen diese Erklärung nicht; zudem ist der Ausspruch des Labeo von Pomponius in L. 17. D. 18. 6. ohne Zweifel anders verstanden worden[500]). Dagegen ist es sehr zweifelhaft, ob Labeo überhaupt von einer gleichzeitigen Mora oder ob er nicht vielmehr von einer successiven Mora gesprochen hat. Auf diese letztere scheint nämlich Pomponius den Ausspruch des Labeo zu beziehen. Auch ist es an sich nicht unwahrscheinlich, daß Labeo und die älteren römischen Juristen der Interpellation von Seiten eines im Verzug befindlichen Gläubigers keine Wirkung beigelegt haben. Da durch die Mora des Gläubigers das eigentliche obligatorische Band aufgehoben wird, so lag allerdings die Annahme nahe, daß eine Mora des Schuldners in diesem Falle nicht durch eine bloße Interpellation begründet werden könne, sondern daß dazu eine Thatsache nothwendig sei, welche ein obligatorisches Verhältniß von neuem herstellen kann, d. h. die Litiscontestation. Es möge dies nun sein wie es wolle, so muß dem Ausspruche des Labeo wegen der entgegenstehenden L. 17. D. 18. 6. für das heutige Recht die Bedeutung abgesprochen werden, und die Aufnahme desselben in die Digesten läßt sich nur durch ein Versehen der Compilatoren erklären. Wie nach L. 17. D. cit. anzunehmen ist, daß es auch in den Fällen, wo dem Gläubiger eine Mora zur Last fällt, der Litiscontestation zur Purgation der Mora des Gläubigers und zur Begründung einer Mora des Schuldners nicht bedarf, so muß auch nach derselben Stelle angenommen werden, daß der Satz: posterior mora nocet, jetzt allgemein gilt. Dieser Satz reicht auch vollkommen aus, da eine gleichzeitige Mora beider Theile nicht eintreten kann. Dieselbe Ansicht haben die neuesten Schriftsteller über die Mora[501]), und im praktischen Resultate stimmt damit auch die oben erwähnte Ansicht überein, da die gleichzeitige Mora beider Theile sich gegenseitig compensirt. Nur insofern kann die letztere Ansicht nicht gebilligt werden, als sie durch den gewählten Ausdruck die Möglichkeit einer gleichzeitigen Mora stillschweigend zugesteht.

499) In dieser Weise legt die L. 51. pr. D. cit. aus Schömann, Schadensersatz Bd. 2, S. 27 flg. Fragmente §. 22.

500) Pomponius hat den in L. 51. pr. D. cit. enthaltenen Ausspruch des Labeo vor Augen gehabt; es geht dies aus der übereinstimmenden Bezeichnung des Falles, auf welchen sich die Entscheidung bezieht, hervor.

501) Madai, Mora §. 70. Mommsen, Mora §. 36, S. 343.

Heimbach sen.

Druck von Otto Wigand in Leipzig.

Weiske, Julius, 1801-1877

Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft

Bd.: 12

Leipzig 1858